

JUAN JOSÉ SOTELO ENRÍQUEZ

**De la obligación del deudor de responder por sus deudas en la insolvencia:
aproximaciones sobre el artículo 61 de la Ley 1116 del 2006
(Tesis de Grado)**

**BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
2018**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR: **DOCTOR JUAN CARLOS HENAO PÉREZ**

SECRETARIA GENERAL: **DOCTORA MARTA HINESTROSA REY**

DIRECTOR DEL DPTO.: **DOCTOR SAÚL SOTOMONTE S.**

DIRECTOR DE LA TESIS: **DR. DAVID SOTOMONTE MÚJICA**

PESIDENTE DE TESIS: **DOCTOR JUAN JOSÉ RODRIGUEZ ESPITIA.**

EXAMINADORES:

DRA. MIQUELINA OLIVIERI

DR. CARLOS MARIO MONTIEL



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

Título: “De la obligación del deudor de responder por sus deudas en la insolvencia: aproximaciones sobre el artículo 61 de la Ley 1116 del 2006”

Autor: Juan José Sotelo Enríquez

Director: David Ricardo Sotomonte Mújica

Bogotá D.C., octubre de 2018

**“De la obligación del deudor de responder por sus deudas en la insolvencia:
Aproximaciones sobre el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006”**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
Título I. Del Régimen General de Responsabilidad del Deudor por sus Obligaciones	12
Capítulo 1. La obligación como germen de la responsabilidad.....	15
1.1. El débito primario	16
1.2. La responsabilidad del deudor	19
Capítulo 2. El derecho a la persecución universal de bienes	22
2.1. Precisiones sobre el artículo 2488 del Código Civil	23
2.2. La prelación de créditos en el patrimonio del deudor.....	28
Capítulo 3. Régimen de responsabilidad del deudor por sus obligaciones en la legislación comercial.....	34
3.1. Sociedades de personas	38
3.2. Sociedades de Capital	40
Título II. La Responsabilidad del Deudor en la Insolvencia	43
Capítulo 1 Fundamento de la insolvencia	44
1.1. Precisiones sobre la insuficiencia patrimonial del deudor para atender sus obligaciones.....	47

1.2.	Finalidades del régimen de insolvencia empresarial.....	51
Capítulo 2. Principios rectores de la responsabilidad del deudor en la insolvencia.....		58
2.1.	Principio de universalidad	59
2.2.	Principio de igualdad – <i>par conditio creditorum</i>	63
Capítulo 3. Particularidades sobre la responsabilidad patrimonial del deudor concursado		66
3.1.	Pilares de la responsabilidad patrimonial del deudor	67
3.2.	Acciones, herramientas y mecanismos para hacer valer la responsabilidad del deudor.	71
Título III. Los Grupos Empresariales en la Insolvencia		76
Capítulo 1. Nociones generales de los grupos empresariales		77
1.1.	Definición.....	77
1.2.	Presupuestos del grupo empresarial.....	81
Capítulo 2. Los grupos empresariales en la Ley 1116 de 2006.....		88
2.1.	Precisiones sobre grupo empresarial, grupo de empresas y organización empresarial.....	88
2.2.	Manifestaciones legales de los grupos empresariales en la Ley 1116 del 2006.	90
Título IV. La acción de responsabilidad del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.....		95
Capítulo 1. Hipótesis de la norma.....		95
1.1.	Supuesto de hecho	96
1.2.	Consecuencia jurídica	97
Capítulo 2. La acción de responsabilidad como supuesto de acción de responsabilidad ordinaria.....		97

Capítulo 3. Elementos de la acción estudiada.....	99
3.1. Existencia de una situación de control o subordinación.....	99
3.2. Situación de insolvencia de una subordinada	103
3.3. Actuaciones de la matriz en interés de ella o cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o liquidación.	104
3.4. Presunción referida a que la causa de la insolvencia son las actuaciones derivadas del control	105
3.5. Responsabilidad subsidiaria.....	108
CONCLUSIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	114

INTRODUCCIÓN

“El tema de la responsabilidad me inquieta: pasamos por la vida de una persona a otra, de una cosa a otra y de un acontecimiento a otro, creyendo construir una vida coherente, acumulando material como una barrera de coral; pero a veces ocurre algo que hace que nos replanteemos las cosas y eso nos hace ver que no acabamos de entender nuestros actos y, en consecuencia, acabamos por no asumir ni entender nuestras responsabilidades”. **Julián Barnes**¹

El autor del presente trabajo trae a colación la anterior frase con el propósito de destacar un tema relevante en el ordenamiento jurídico colombiano y el cual será objeto de estudio del presente trabajo, como es la obligación del deudor de responder por sus deudas, especialmente en el escenario de la insolvencia. El alcance de esta temática involucra diferentes aspectos jurídicos que se irán mencionando en líneas posteriores y merecedores de análisis, pues su relevancia es tal, que los mismos se sirven como hilos conductores para precisar algunos aspectos respecto de la acción regulada en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

Como punto de partida se recalca que el escenario al cual se referirá el autor será el del mundo empresarial y en ese sentido, veremos que en el mismo están involucrados diferentes sujetos con distintas naturalezas jurídicas. Por ello, se ha de referenciar figuras societarias, sujetos con personalidad jurídica de distinta naturaleza a la societaria y personas naturales con calidad de comerciantes, pues hoy por hoy el mundo empresarial los involucra y cada uno de estos puede formar empresa. En adelante para referirnos a estos sujetos los denominaremos empresarios.

¹ http://www.frasesypensamientos.com.ar/autor/julian-barnes_4.html. Última fecha de revisión: 22 de junio de 2017.

Ahora, este escenario lleva consigo múltiples derechos y libertades, de los cuales se destaca el de la libertad de empresa. Su uso y materialización implica correlativamente grandes responsabilidades, entre ellas, por no decir la principal, la de cumplir las obligaciones a su cargo, cumplir con el compromiso asumido y honrar la palabra dada, debiéndolas ejecutar en el tiempo, modo, y espacio acordados².

Es indispensable que el empresario cumpla sus obligaciones, pues gran parte del tráfico jurídico y de las relaciones comerciales giran en torno a estas. Su desconocimiento lo ubica en el escenario del incumplimiento, el cual acarrea una serie de cargas y consecuencias jurídicas adicionales que en la mayoría de los casos son adversas tanto para los acreedores, el empresario y en general la economía del país.

Con miras a prever este fenómeno, el ordenamiento jurídico ha debido intervenir regulándolo, pues si se maximiza el incumplimiento de más de una obligación, con más de un empresario, el resultado no sería otro que una crisis macroeconómica del Estado. En ese sentido, el derecho está encargado de regularlo, brindando parámetros y herramientas para mantener la estabilidad económica y las relaciones comerciales estables.

Siguiendo la misma línea argumentativa, el ordenamiento jurídico le otorga al acreedor el derecho a perseguir patrimonialmente al empresario a través de diferentes medidas, tanto reintegradoras del patrimonio, como ejecutivas del mismo permitiéndole satisfacer sus intereses, pues este ha generado una expectativa de cumplimiento y como consecuencia de ello una ganancia la cual se vio truncada por el incumplimiento de aquellas, causando perjuicios que han de ser reparados.

² Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. 3ª ed., Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 78.

Dicho atributo de persecución patrimonial que ostenta el *accipiens* se traduce en una responsabilidad patrimonial del empresario, que implica no solo cumplir con su obligación, ya sea *in natura* o con el subrogado pecuniario sino además indemnizar los perjuicios causados, así como las costas procesales que implican coaccionarlo para su cumplimiento³. Tal situación se magnifica en el escenario de la insolvencia, pues en el mismo se incumple más de una obligación o se encuentra en incapacidad de pago inminente⁴, incidiendo a que los *accipiens* concurren a aquel con un propósito común: la satisfacción de sus acreencias.

³ Ibídem. Pág. 78.

⁴ Para estar inmerso en el Régimen de Insolvencia empresarial es necesario que el empresario cumpla al menos con uno de los dos supuestos de admisibilidad del artículo 9 de la Ley 1116 de 2006, la cual reza así:

“ARTÍCULO 9o. SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD. *El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.*

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:

Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

PARÁGRAFO. *En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas”.*

En razón a lo anterior, la responsabilidad que tiene el empresario de cumplir sus obligaciones se transforma en la insolvencia, pues además de estar declarado judicialmente en cesación de pagos⁵, se permite la concurrencia de todos los acreedores para que logren satisfacer sus créditos de manera oportuna y ordenada, bajo la orientación de parámetros y directrices establecidas legalmente. En ese sentido, el encargado de determinar el número de obligaciones, de graduarlas, calificarlas y si es del caso liquidarlas, deberá propender por la satisfacción de la totalidad de las acreencias con el patrimonio del empresario, ahora, concursado.

Sin embargo, la *praxis jurídica* ha demostrado que el patrimonio del deudor no tiene el alcance pecuniario suficiente para satisfacer la totalidad de las acreencias y en ese sentido, el Régimen concursal ha implementado diferentes mecanismos para garantizar el cumplimiento de los créditos insatisfechos. Entre estos se destaca la importancia de la acción regulada en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, en virtud del cual se consagra la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz o controlante por las acreencias insatisfechas por el deudor concursado.

Esta responsabilidad surge como consecuencia de la presunción legal contenida en la disposición comentada, y se refiere a que la insolvencia del empresario concursado fue ocasionada como consecuencia de las actuaciones que realizó la sociedad controlante o matriz derivadas del control que ejerce sobre aquel. Dicho en otras palabras, la Ley presume que el empresario se encuentra en insolvencia por las actuaciones que realizó la sociedad controlante o matriz en virtud del control que ejerce.

⁵ Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio. Tratado de las Obligaciones. Vol. II. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004. Pág. 394

Tal presunción faculta a las partes⁶ para que adelanten un juicio de responsabilidad contra la sociedad controlante o matriz con miras a lograr el pago de las obligaciones una vez el patrimonio del deudor no haya sido suficiente para atenderlas, es decir, que el supuesto habilitante para incoar esta acción es la insuficiencia patrimonial del empresario para atender la totalidad de sus obligaciones.

Sentadas las anteriores premisas, a través del presente texto se abordará la importancia de la obligación del deudor – empresario de responder por sus deudas. Para ello, el autor tomará como punto de partida el régimen general de responsabilidad del deudor por sus obligaciones, para luego precisar tal aspecto en la insolvencia. Consecutivamente, se estudiará el tema de los grupos empresariales con miras a destacar el papel de estos en el ordenamiento jurídico, especialmente en la insolvencia. Todo esto para guiar y aterrizar al lector a un análisis profundo de la acción de responsabilidad aludida en líneas anteriores, la cual ha sido objeto de álgidas discusiones académicas y jurídicas, y que merecen ser comentadas por el autor debido a la incidencia que tiene la disposición en el ordenamiento jurídico.

⁶ Sobre el particular, es apropiado precisar que existe ambigüedad en la redacción de la norma estudiada, pues el legislador no fue claro al precisar en quiénes están legitimados para incoar esta acción.

Título I. Del Régimen General de Responsabilidad del Deudor por sus Obligaciones

A partir del acápite introductorio, el autor resalta la importancia de estudiar el régimen general de responsabilidad del deudor frente a sus obligaciones; para ello, es menester tener en cuenta que éste, ahora empresario, representa un papel preponderante en el tráfico jurídico y en la sociedad.

El mismo es la piedra angular de toda relación jurídico-económica, pues se obliga con uno o varios acreedores para ejecutar una o varias prestaciones; esto consecuentemente genera una expectativa de cumplimiento para el acreedor y una obligación del empresario de honrar su compromiso. Dicho en otras palabras, se compromete al cumplimiento de una prestación, la cual a su vez representa el interés del acreedor susceptible de valoración pecuniaria, y por ello su incumplimiento incorpora perjuicios económicos para aquel. La importancia de lo aludido se refleja en el hecho de que por ministerio de la Ley, el empresario garantizará el cumplimiento de sus obligaciones con su patrimonio, siendo este último la garantía por excelencia del acreedor para respaldar su acreencia⁷.

En ese sentido, a partir del compromiso mencionado surge un vínculo, una obligación, un ligamen o atadura que aterrizado al mundo del derecho implica el nacimiento de una relación jurídica⁸. Esta relación se compone por un acreedor, quien espera la satisfacción de un interés a través de la ejecución de una conducta valorada pecuniariamente y que se denomina prestación, la cual está a cargo del extremo contractual denominado deudor, quien comprometió su honor y palabra y,

⁷ Esta consagración legal se encuentra en el artículo 2488 del Código Civil, el cual dispone que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros.

⁸ “Se da el nombre de obligación a todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra”. Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones, sexta edición, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 33.

por tanto, quedó atado al cumplimiento de la conducta objeto del vínculo, que en caso de no honrarla será ejecutado forzosamente a realizar la prestación inicial o a satisfacerla pecuniariamente y, en todo caso, a responder además por los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento⁹.

Así las cosas, el acreedor espera, confía y cree en la satisfacción de su interés por parte del empresario. Surge a partir de la obligación una expectativa de cumplimiento, de ganancia y en la mayoría de los casos, de enriquecimiento pecuniario. A su vez, el deudor compromete su honor, su palabra y lo respalda con su patrimonio¹⁰, situación que en caso de incumplimiento, además de estar obligado a satisfacer la prestación principal deberá reparar los daños y perjuicios causados con ocasión de ello.

Ese vínculo jurídico corresponde a la confluencia de tres elementos: (i) Los sujetos de la obligación, es decir, el acreedor y el deudor; (ii) la prestación, referida a lo que

⁹ Este vínculo, denominado obligación en el mundo jurídico si bien no encuentra definición legal expresa, doctrinariamente se describe como aquel *“Ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismos, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexos, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, a realizar la prestación original o a satisfacer equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento (...).”* Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. 3ª ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 55

Otra definición semejante la expuso el Dr. Ospina al afirmar que *“Obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra”*. Para mayor información véase en: Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 8ª Ed. Bogotá, Colombia: Temis, 2008. Pág. 22

¹⁰ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. 3ª ed., Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 55.

se debe, a la conducta exigida al deudor y esperada por el acreedor y que se encuentra estrechamente relacionada con dar, hacer o abstenerse de hacer algo¹¹ y; (iii) la causa de la obligación, que si bien la misma ha sido un tema controversial y de ardua discusión académica, para efectos de este texto se dejara de un lado tal debate para referirla a los motivos de las partes para consumir la relación jurídica¹².

A partir de lo expuesto, se puede deferir que el cumplimiento de la obligación se divide en dos etapas, en primer lugar está el débito, la deuda, *que impone al deudor el deber jurídico de cumplir*¹³. Doctrinariamente se ha denominado este momento como el débito primario y se refleja al cumplimiento en estricto sentido de la obligación. Por otro lado, está la responsabilidad del empresario, el cual se manifiesta cuando el mismo ha incumplido su obligación inicial, por esto aquel es posterior al primero¹⁴.

¹¹ “La prestación es el elemento objetivo de la obligación: es lo que se debe, la conducta que se exige al deudor, y que puede consistir según la definición dada, y que el Código destaca al intentar un concepto del contrato en el Art. 1.438, en dar alguna cosa, hacer algo o abstenerse de ejecutar un hecho. Estas distintas categorías de la prestación conducen a una clasificación de las obligaciones de dar, hacer y no hacer (...)” Abeliuk Manasevich, René. Las Obligaciones, Tomo 1. Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile. Impreso en Bogotá. Pág. 33.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el Código Civil contempló el contenido de la prestación en el artículo 1495, al definir el contrato o convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si bien tal definición ha sido objeto de múltiples críticas, para la materia objeto de estudio es relevante tener en cuenta el hecho de que la misma puede estar revestida de una obligación de dar, hacer o no hacer algo.

¹² “(...) En otro sentido, es el motivo que induce a una persona a otorgar un acto o contrato, en que más bien se está refiriendo a la causa del acto o contrato mismo y no de la obligación; es una causa psicológica que depende del contratante (...)” Abeliuk Manasevich, René. Las Obligaciones, Tomo 1. Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile. Impreso en Bogotá. Pág. 37

¹³ *Ibidem*. pág. 39.

¹⁴ “La obligación se integraría de dos elementos separados, el débito (*debitum, Schuld*), o relación de deber, y la responsabilidad (*obligatio actio, Haftung*) o relación de sujeción de

Se destaca la importancia de estos dos momentos en el marco del cumplimiento de las obligaciones del empresario y en esa medida, se hace imperioso profundizar en aquellos con miras a dilucidar el alcance que tienen junto con sus efectos. Así las cosas, se procede a puntualizar los aspectos esbozados en los siguientes términos:

Capítulo 1. La obligación como germen de la responsabilidad

Las obligaciones son el centro de atención de las relaciones comerciales, más aún cuando se realizan como medio para ejercer la actividad comercial, es decir, profesional y repetitivamente. Esta situación ha permitido que la academia y la práctica se enfoquen en el desarrollo y estudio que de contera se ha hecho a las obligaciones.

Entre los múltiples estudios, se destaca la hipótesis en virtud de la cual se afirma que la obligación es el germen de la responsabilidad. De ahí que el objeto de este acápite sea estudiar aquella, pues se reitera, con miras a dilucidar la obligación del deudor de responder por sus deudas, especialmente en el escenario de la insolvencia, es menester tomar como punto de partida el origen de la responsabilidad patrimonial del deudor y trasladarla al mundo concursal.

Bajo esas premisas, se tiene que a partir del vínculo jurídico que surge entre el empresario y el acreedor, nace una obligación, un compromiso, referido a cumplir lo acordado, al deber de cumplir la prestación y correlativamente nace el derecho de exigir el cumplimiento de esta¹⁵. En caso de no efectuarse surge en cabeza del

una persona, cosa o patrimonio a otra persona en garantía de aquella". Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho De Las Obligaciones, Tomo I, TEMIS. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 14.

¹⁵ *"Al deber del deudor de cumplir la prestación, deber que constituye propiamente el débito, corresponde el derecho del acreedor de exigirle la prestación misma, ; a la responsabilidad del deudor corresponde el derecho del acreedor de constreñir al deudor al cumplimiento y, por tanto, obrar judicialmente en contra de él, pudiendo agredir su patrimonio para conseguir la satisfacción del débito, o un equivalente en dinero". C, Gangi, "Il concetto dell'*

acreedor la potestad de constreñir judicialmente al empresario al cumplimiento de la misma, atacando el patrimonio de este con miras a obtener la satisfacción del débito inicial o en su defecto, el equivalente pecuniario¹⁶. En ese sentido, teniendo en cuenta lo aludido, se desprende que de ese escenario surgen dos momentos: (i) el cumplimiento del débito primario y; (ii) la responsabilidad, los cuales se enunciarán a continuación:

1.1. El débito primario

El débito primario es la fase inicial de la ejecución de la obligación y hace referencia al cumplimiento de la prestación¹⁷. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el débito hace alusión a la deuda y en ese sentido, la misma se refiere a “*la obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo (...)*”¹⁸. Tal definición vertida al mundo del derecho se traduce en que el

obligazione e la distinzione tra debito e responsabilita”, en *Le obbligazione*, Milano, 1951. Pág. 9

¹⁶ “Se ha descompuesto su noción en dos elementos: la deuda (*debitum*) <<deber jurídico que impone el cumplimiento de una obligación, el pago. Si el pago se realiza, la *Schuld* desaparece. Cuando la obligación se incumple aparece la *Haftung*>>, o <<la coacción que permite al acreedor, en caso de incumplimiento de la deuda, pasar a la ejecución forzosa y dirigirse contra la persona o la cosa que responde de la deuda: el propio deudor, un fiador, una hipoteca”. C, GANGI, “Il concetto dell’ obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilita”, en *Le obbligazione*, Milano, 1951. Págs. 9-60.

¹⁷ “En la relación jurídica obligacional se pueden y deben distinguir dos elementos: el deber del deudor de cumplir la prestación, y su sometimiento al poder coactivo del acreedor en el caso de incumplimiento, ósea su responsabilidad”. *Ibidem*.

¹⁸ Para mayor información véase en: <http://dle.rae.es/?id=DauWaFm>. Última fecha de visita: 24 de septiembre de 2018.

cumplimiento del débito primario es a su vez el cumplimiento de la prestación¹⁹, la cual está relacionada con un dar, hacer o no hacer algo²⁰.

A partir de la formación del vínculo jurídico y del nacimiento del débito primario surge en cabeza del acreedor una expectativa legítima de cumplimiento avalada y amparada por el derecho²¹. Es decir, el acreedor espera y confía que su deudor – empresario cumpla con el compromiso contraído, satisfaga el crédito y honre su palabra.

No obstante, esta expectativa no sólo se queda en la esperanza de que el empresario cumpla sus obligaciones, sino que por el contrario, al estar protegida por el Ordenamiento Jurídico implica que el deber de consumir la prestación está sujeto, en caso de que sea necesario, a la coacción legal por parte del Ordenamiento Jurídico para su cumplimiento²², atribución que da nacimiento al

¹⁹ “(...) deber de cumplir una determinada prestación. Es un vínculo o relación entre personas. Si el deudor cumple exactamente, la relación se acaba y no va más allá; pero si el deudor no cumple, o no cumple exactamente, se producen daños y perjuicios para el acreedor, y entonces la relación se proyecta sobre los patrimonios (...)”. Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio. Tratado de las Obligaciones. Vol. I. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004. Pág 68.

²⁰ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. 3ª ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág 77.

²¹ “Se distingue, así, en la relación obligatoria, una primera fase de débito o de expectativa legítima y fundada en el cumplimiento espontáneo, y una segunda fase de responsabilidad, constituida por un derecho de agresión directa sobre el patrimonio del deudor mediante su ejecución coactiva en caso de incumplimiento”. Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho de las Obligaciones, Tomo I, TEMIS. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 18.

²² “El deber jurídico lleva consigo como contenido inmanente la coacción y, por tanto, la responsabilidad no es más que la consecuencia de la relación obligatoria. El débito no es simplemente el deber prestar, sino el deber prestar bajo la coacción del ordenamiento jurídico y, por tanto, conduce no solo a la voluntaria prestación del obligado, sino en caso de incumplimiento a la coactiva ejecución de la obligación, y cuando este no sea posible o no baste, al resarcimiento”. Ibídem.

derecho del acreedor de exigirla. Dicho en otras palabras, el débito primario está conformado con la expectativa de cumplimiento voluntario del acreedor y con el derecho de exigir la prestación a través del ordenamiento jurídico²³.

En el estado normal de las cosas, el acreedor espera y confía el cumplimiento de la prestación en los términos y condiciones establecidos. Atendida la obligación, el débito desaparece, el vínculo jurídico concebido llega a su fin y en ese sentido, el interés del acreedor queda satisfecho²⁴. Por otro lado, el empresario no sólo encuentra en este una obligación de cumplimiento, sino que por el contrario, además de ello se ve influenciado por múltiples factores sociales, culturales y jurídicos, entre los cuales se destaca su pundonor, esto es, “*su anhelo de conservar buena fama*”²⁵, así como las consecuencias adversas que su incumplimiento deriva en la vida crediticia y bancaria, sus referencias y el buen nombre comercial, además, y por no decir las más importantes, las acciones ejecutivas que pueden incoarse en su contra para exigir su cumplimiento legalmente²⁶, de ahí que este se debe a la concurrencia de múltiples factores.

En ese orden de ideas, se espera que el empresario cumpla una vez la obligación se haga exigible. Sin perjuicio de ello y dejando de un lado el carácter coercitivo que tiene el Ordenamiento Jurídico, éste es libre de decidir si lo hace o no en el término

²³ “*Al deber del deudor de cumplir la prestación, deber que constituye propiamente el débito, corresponde el derecho del acreedor de exigirle la prestación misma, (...)*”. C, GANGI, “Il concetto dell’ obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilita”, en *Le obbligazione*, Milano, 1951. Pág. 10.

²⁴ “*Se ha descompuesto su noción en dos elementos: la deuda (debitum) <<deber jurídico que impone el cumplimiento de una obligación, el pago. Si el pago se realiza, la Schuld desaparece (...)*” *Ibídem*.

²⁵ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. 3ª ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág 72.

²⁶ *Ibídem*.

y condiciones establecidas. Al ser este un acto volitivo, no se lo puede obligar por un medio que no sea el legal²⁷, sin embargo, en el supuesto en el que decida no hacerlo, tal decisión será sancionada por el Ordenamiento, pues como se ha mencionado en repetitivas ocasiones, el acreedor espera y confía en su cumplimiento generando un interés susceptible de valoración económica y en ese sentido, su insatisfacción da pie para que surja una responsabilidad patrimonial del deudor por los perjuicios ocasionados al accipiens al truncar tal expectativa²⁸.

Bajo estas premisas, del incumplimiento surge la responsabilidad del deudor de reparar los perjuicios causados, así como las costas procesales que implica atender tal fenómeno y coaccionar al deudor.

1.2. La responsabilidad del deudor

Como se enunció, la responsabilidad emerge cuando opera el fenómeno del incumplimiento²⁹. Tal situación ubica al empresario en el segundo momento de la ejecución de la obligación denominada responsabilidad y la cual nace una vez el deudor no satisface el débito primario.

En términos generales, el débito y la responsabilidad van de la mano, el deber del deudor existe en cuanto existe la responsabilidad por su incumplimiento³⁰ y en ese

²⁷ Ibídem. Pág. 73.

²⁸ Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones, cuarta edición, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 262.

²⁹ Hineyrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. 3ª ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 74.

³⁰ *“El débito y la responsabilidad van, normalmente juntos, y el deber del deudor de cumplir la prestación puede decirse existente en cuanto existe la responsabilidad para el caso del incumplimiento, lo cual presupone, pues, la responsabilidad”*. C, GANGI, “Il concetto dell’ obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilita”, en *Le obbligazione*, Milano, 1951. Pág. 10.

sentido, se puede afirmar que uno es presupuesto del otro, pues en la mayoría de los casos el segundo existe como consecuencia de la insatisfacción del primero. No obstante, no en todos los casos es así, pues existe la posibilidad de que se consagre responsabilidad sin débito y viceversa, es decir, débito sin responsabilidad. Un ejemplo ilustra lo anterior: en las obligaciones naturales está presente el débito, mas no la responsabilidad, pues el acreedor carece del derecho para exigirla; por otro lado, en los casos de los garantes personales (fianza) y de los reales (prenda, hipoteca), existe responsabilidad sin débito, pues estos no son los obligados iniciales³¹.

De acuerdo con lo anterior y dejando de un lado las excepciones previstas, este segundo momento se fundamenta en la insatisfacción del crédito, en el incumplimiento de la obligación inicial y por tanto, en la ejecución coactiva del acreedor a través de los medios legales previstos para ello³². En ese sentido, el empresario debe y responde tanto por la obligación inicial o el subrogado pecuniario, como también por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento junto con las costas procesales asumidas para la ejecución³³.

³¹ “Así, en la obligación natural estaría ausente el elemento de responsabilidad, porque el acreedor en caso de inobservancia carece del poder de exigirla forzosamente; las prestaciones a cargo del garante personal (fianza, aval, seguro de cumplimiento, etc.) o real por deuda ajena (prenda, hipoteca), del adquirente de bienes hipotecados o pignorados, la sustitución del causante de daño por virtud de hecho ajeno del cual responde por ley o negocio jurídico, serían hipótesis de responsabilidad sin débito o deuda propia”. Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho de las Obligaciones, Tomo I, TEMIS. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 19.

³² “(...) Si el deudor no cumple su obligación en la forma y tiempo debidos, el acreedor puede impetrar el auxilio del Estado para que, mediante el empleo de la fuerza pública, se satisfaga su derecho coaccionando al deudor renuente. Es decir, que el derecho del acreedor se hace valer mediante la ejecución coactiva o forzada de la obligación del deudor, la que el acreedor obtiene ejerciendo una acción judicial genéricamente denominada acción ejecutiva”. ³² Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 8ª Ed. Bogotá, Colombia: Temis, 2008. Pág 49

³³ Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio. Óp. Cit. Vol. I. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004. Pág 68.

Ahora bien y con miras a introducir al lector al siguiente acápite, es menester preguntarse ¿cómo responde? De contera tenemos que responde patrimonialmente, garantizando el cumplimiento de sus obligaciones con la totalidad de sus activos³⁴. Tal situación que si bien es común hoy por hoy, no siempre fue así pues con el devenir de la historia, la concepción sobre la responsabilidad del deudor mutó, acomodándose a las necesidades sociales del momento³⁵.

En ese sentido, a manera de conclusión se tiene que el fundamento de la obligación del empresario de responder por sus deudas surge del nacimiento del vínculo jurídico entre este y su acreedor o acreedores, en virtud del cual ambos depositan su confianza y palabra por la realización de una prestación, denominada débito primario y con miras a satisfacer sus intereses. En caso de no efectuarse, se estaría en presencia del fenómeno del incumplimiento y por tanto del nacimiento de la responsabilidad del deudor, la cual incluye la satisfacción de la prestación o en su defecto del subrogado pecuniario, junto con la reparación de los perjuicios ocasionados y las costas incurridas para la satisfacción del crédito.

³⁴ “(...) los bienes o patrimonio del deudor se despliega el poder coactivo del acreedor para obtener la satisfacción de su crédito (...)” *Ibíd.*

³⁵ “(...) en los primitivos tiempos de Roma la responsabilidad es personal; el deudor responde del cumplimiento de la deuda con su propio cuerpo. Reconócese al acreedor el derecho de apoderarse del deudor insolvente para venderlo como esclavo fuera de los límites de la ciudad (*trans tiberim*) o para darle muerte (...) Pronto se comprende en Roma que antes de dar muerte al deudor era preferible hacerlo trabajar: este queda en estado de sumisión respecto del acreedor y sólo recobra su libertad cuando con su trabajo logra pagar la deuda o un tercero entre cierta suma de rescate (...) a través de la *Lex Poetelia Papiria*, por obra de los pretores, se estableció que nadie puede ser encadenado o encarcelado, salvo el caso del delito legalmente comprobado y mientras se cumple la pena, y que además, desde entonces, los bienes responden por las deudas, y no el cuerpo del deudor”. Para mayor información véase en: Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio. *Óp. Cit.* Vol. I. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004. Pág 68.

Capítulo 2. El derecho a la persecución universal de bienes

Se aludió en el anterior capítulo que el empresario debe responder por sus obligaciones con todo su patrimonio, que el mismo es la garantía que tienen los acreedores para satisfacer sus acreencias y que esta responsabilidad patrimonial, si bien es común hoy por hoy, no siempre fue así. Al remitirse al antecedente romano, se tiene que la responsabilidad en sus primeros tiempos fue personal, se permitía aprehender al deudor insolvente para venderlo como esclavo afuera de la ciudad, o en su defecto asesinarlo³⁶. Posteriormente, con la inclusión de la *poetelia papiria* se eliminó la posibilidad de someter a esclavitud, venta o muerte al deudor que no responda por sus deudas, dando paso a la inclusión de lo que hoy se denomina “concepto abstracto de las obligaciones”³⁷, donde la responsabilidad del dejará de ser personal y dará tránsito a ser patrimonial, es decir, que recaerá sobre el patrimonio del empresario³⁸.

Esta responsabilidad aterrizó en el sistema jurídico colombiano como consecuencia de la inclusión de la responsabilidad patrimonial en el artículo 2465 del Código Civil

³⁶ Ibídem.

³⁷ “(...) una *lex (poetelia papiria)* del año 457, redimió al deudor de la esclavitud, la venta y la muerte, que todo esto era permitido antes de dicha ley, y así comenzó a formarse el llamado “concepto abstracto de las obligaciones”, para significar que esta ya no recae sobre directa y concretamente sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio.” Ospina Fernández. Régimen general de las Obligaciones. Temis, Octava edición. Bogotá, Colombia. 2018. Pág. 9

³⁸ “En el derecho romano antiguo, la responsabilidad por las obligaciones patrimoniales del deudor se podía hacer efectiva en su persona o familia. Al dictarse la ley *Poetelia Papiria* se dijo que los bienes del deudor constituían la prenda general de sus acreedores y no su persona (derecho de prenda general). Con base en este postulado, cuando se contrae una obligación, el deudor garantiza el pago con todo su patrimonio tanto presente como futuro (C.C., Art. 2488).” Velásquez, Luis Guillermo, Bienes. Temis, Ed. Decimotercera. Bogotá, Colombia, 2014. Pág. 103.

Chileno³⁹ y el cual fue transcrito en el mismo sentido en el artículo 2488 del Código Civil Colombiano, el cual se procede a explicar a continuación:

2.1. Precisiones sobre el artículo 2488 del Código Civil

Como se precisó, la responsabilidad es patrimonial y encuentra su fundamento en el artículo 2488 del Código Civil, el cual reza así:

“ARTICULO 2488. PERSECUCION BIENES. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”⁴⁰.

Sobre esta disposición es menester realizar las siguientes precisiones:

(i) En primer lugar, la norma se limita a las obligaciones personales, esto quiere decir que la misma sólo aplica para aquellas obligaciones que ligan y recaen directamente sobre la persona, que lo comprometen a él y a nadie más⁴¹ (salvo las

³⁹ “Art. 2465. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”. Para mayor información véase en: http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf. (Última fecha de revisión 29 de septiembre de 2018)

⁴⁰ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>. Última fecha de apertura: 29 de septiembre de 2018.

⁴¹ “Respecto de los derechos personales se puede indicar que “además del sujeto activo o titular del derecho y el objeto del mismo, interviene otro elemento, el deudor o sujeto pasivo del derecho” (...) en los derechos personales se requiere el concurso del mismo para el cumplimiento de la obligación, bien sea voluntaria o forzosamente (...).

Las acciones personales solo pueden ser dirigidas contra ciertas personas, que son precisamente quienes tienen que cumplir con el objeto de la obligación (...). Arévalo

excepciones de responsabilidad sin débito), en oposición a las obligaciones reales, las cuales recaen y afectan directamente al bien sobre el cual reposan: “para dónde va el bien va la obligación”⁴². Un ejemplo ilustra lo que se quiere decir: Para el primer tipo de obligaciones encontramos la promesa de compraventa, el contrato de arrendamiento, entre otros, donde la obligación recae plenamente sobre la persona con quien se celebra tal negocio jurídico, pues es éste el que está obligado a materializar y ejecutar la prestación; por otro lado, en cuanto a las obligaciones reales encontramos los negocios jurídicos de garantía, en virtud de los cuales el objeto de la prestación recae directamente sobre el bien, verbigracia, el contrato de hipoteca o prenda, en los cuales una vez se grava la cosa con estas figuras, hasta que no finalice la obligación garantizada la misma reposará en el bien, independientemente de si cambia o no a su propietario.

(ii) En segundo lugar, la norma consagra a todos los acreedores de obligaciones personales el derecho a exigir el cumplimiento de éstas, persiguiendo todos los bienes muebles e inmuebles que conformen la masa patrimonial del empresario. Sobre el particular es válido precisar que a partir de la misma, doctrinariamente se ha denominado al patrimonio como *“la prenda general de los acreedores”*⁴³, definición que si bien es loable en cuanto al mensaje que se quiere transmitir,

Guerrero, Ismael Hernando. Bienes, Constitucionalización del derecho civil. Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 2012. Pág 206, 207 y 209.

⁴² “Encontramos que a los derechos reales se les han dado dos elementos, “la persona, el sujeto activo del derecho, y la cosa del derecho”, dejándose de un lado un tercer elemento que se ha denominado sujeto pasivo universal e incluso en un momento dado un sujeto determinado (...) en los derechos reales no se requiere la intervención de este sujeto para la realización del derecho. (...) en cambio las acciones reales están encaminadas a poderse ejercer contra todos.” Ibidem.

⁴³ “(...) los bienes del deudor son la prenda general de los acreedores”, que traduce gráficamente el mencionado concepto abstracto de las obligaciones al ubicar la coercibilidad propia del vínculo jurídico obligatorio en el patrimonio del deudor, desplazándolo de su persona” Ospina Fernández. Régimen general de las Obligaciones. Temis, Octava edición. Bogotá, Colombia. 2018. Pág. 156

textualmente es incorrecta pues el patrimonio no es una prenda, sino una universalidad jurídica⁴⁴ conformada por derechos, obligaciones y bienes; realmente, lo que se quiere decir en términos generales es que los acreedores tienen como garantía⁴⁵ y respaldo para el cumplimiento de sus créditos la totalidad de los activos⁴⁶, ya sean muebles o inmuebles que conformen el patrimonio del deudor, estando facultados para perseguirlo coactivamente para exigirla junto con los perjuicios o costas causadas, a través de los diferentes medios previstos en el ordenamiento jurídico⁴⁷.

⁴⁴ “Podría inicialmente decirse que se trata de un conjunto de derechos y obligaciones de la persona estimables en dinero o también una universalidad de elementos activos, de un valor pecuniario, radicados en una persona” Arévalo Guerrero, Ismael Hernando. Bienes, Constitucionalización del derecho civil. Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 2012. Pág 447.

⁴⁵ *“el Art. 2465 así lo reconoce (...) en una palabra, los acreedores tienen como seguridad o garantía del pago de sus créditos, no únicamente los bienes que el deudor tenía en el momento de contratar y que conserva en el momento en que debe pagar su deuda sino todos los bienes presentes y futuros, es decir la totalidad del patrimonio del deudor, sin perjuicio de la aplicación especial y preferente de los bienes que pueden garantizar, con un derecho real, determinados créditos.”* Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno. Tomo undécimo. De las obligaciones II. Pág. 581

⁴⁶ *“Hemos dicho que todos los bienes del deudor, muebles o inmuebles, presentes o futuros, con la sola excepción de los no embargables, están afectados de una manera general pago de sus deudas y sin perjuicio de las causas especiales de preferencia en razón de privilegio o hipoteca que pueden algunos de los acreedores.”* Ibídem.

⁴⁷ *“Con el fin de procurar la protección efectiva del derecho de personal o de crédito, en el ordenamiento jurídico se identifican, sin que exista una regulación sistemática del tema, distintos mecanismos que, de diversas maneras tienen para operar como derechos auxiliares del acreedor, estructurados para esos efectos a partir del principio de que el patrimonio del deudor es la garantía general de los acreedores, registrado normativamente en el artículo 2488 del Código Civil.”* Bonivento Jiménez, José Armando. Obligaciones. Legis, Bogotá, Colombia. 2017. Pág. 364.

(iii) En tercer lugar, a partir de la disposición estudiada surge lo que se conoce como responsabilidad ilimitada⁴⁸, referida al hecho de que el acreedor, además de tener como respaldo todos los bienes que conforman la masa patrimonial del empresario, tendrá la posibilidad perseguir los bienes futuros de este una vez ingresen a su patrimonio. En ese sentido, el deudor responde con todos sus bienes ya sean presentes o futuros por las obligaciones insatisfechas, junto con los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar y las costas procesales en las que se incurrió para coaccionarlo⁴⁹.

(iv) Como cuarta y última precisión, tenemos que la norma excluye del derecho de ejecución patrimonial del acreedor, algunos bienes que pertenecen al empresario como son el salario mínimo legal vigente; el lecho del deudor, el de su pareja y el de los hijos que vivan con él y a sus expensas; la ropa relativa a su abrigo; uniformes y equipos militares según sea el caso; utensilios del deudor artesano necesarios para su trabajo; los artículos de alimentos que posea el deudor para la concurrencia

⁴⁸ *“Dos son los principios fundamentales sobre los cuales descansa la responsabilidad patrimonial. El primero de ellos es el principio de la integridad del patrimonio. {...} El segundo principio de la responsabilidad patrimonial se conoce con el nombre de la responsabilidad ilimitada. Lo cual quiere decir que todos los bienes del deudor están expuestos al poder de agresión (expropiación) por parte de los acreedores.”* Rodríguez Ferrara, Mauricio. Introducción al Derecho de Obligaciones. Livrosca, c.a. Caracas, Venezuela, 1997. Pág. 148

⁴⁹ *“(...) ese principio, que se puede enunciar como el de la responsabilidad ilimitada, se encuentra consagrado en el art. 2740, primer apartado, al cual se vincula el art. 2910; el primero dispone que el deudor (esto es, el obligado por un delito propio) responde del cumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros (estos últimos, se entiende, en cuanto entren a formar parte, y en medida que lo hagan, del patrimonio del deudor); o sea, que todos los bienes- hasta su agotamiento- son posible objeto de satisfacción esto es, de expropiación (como dice el art. 2910, primer apartado) forzada, por parte del acreedor. Esto, aun cuando el deudor haya considerado, a consecuencia de un determinado negocio, pueda ser afectada solo una parte del propio patrimonio; en efecto, el acreedor confía en la entera potencialidad económica del deudor.”* Messineo, Francesco. Derecho Civil y Comercial. Tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General. Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971. Pág. 50

del consumo de su familia; objetos que posea fiduciariamente; los derechos de uso y habitación, como aquellos cuyo ejercicio es enteramente personal⁵⁰.

Esta parte de la disposición debe compaginarse con el artículo 594 del Código General del Proceso, el cual enuncia además de los bienes ya aludidos los siguientes: Depósitos de ahorros constituidos en los establecimientos de créditos, en el monto señalado por la autoridad competente, que para el caso en concreto es la Superintendencia Financiera de Colombia; bienes de uso público y destinados a un servicio público cuando se preste por una entidad descentralizada; recursos municipales originados en transferencias de la Nación; las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por entidades de Derecho público a los contratistas de ellas; prestaciones sociales; condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios; terrenos o lugares utilizados como cementerios; bienes destinados al culto religioso; mercancías incorporadas en un título valor, entre otros⁵¹.

En ese sentido, tenemos que la responsabilidad patrimonial del deudor se encuentra consagrada en el artículo 2488 del Código Civil, el cual consagra el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones personales y crediticias persiguiendo la totalidad de los bienes presentes y futuros, salvo las excepciones aludidas, sirviéndose como garantía para la satisfacción de las obligaciones no atendidas en los términos y condiciones iniciales.

Sumado a lo anterior y con miras a dilucidar el siguiente acápite, tenemos que en caso de concurrencia de más de un acreedor que propenda por la satisfacción de

⁵⁰ Artículo 1677 del Código Civil colombiano. Para mayor información véase en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>.
(Última fecha de revisión: 29 de septiembre de 2018)

⁵¹ Para mayor información véase en: http://leyes.co/codigo_general_del_proceso/594.htm.
(Última fecha de revisión 29 de septiembre de 2018).

sus obligaciones, la Ley ha previsto una clasificación de prelación de créditos, dándole preferencia en el pago a unas sobre otras, clasificación que se atenderá en las siguientes líneas.

2.2. La prelación de créditos en el patrimonio del deudor

Como punto de partida se debe tener en cuenta el principio en virtud del cual se pregona la igualdad entre los acreedores de un mismo deudor, en el sentido de que todos tienen el mismo derecho de persecución patrimonial para hacer exigibles sus acreencias y por tanto, cuentan con el patrimonio del deudor para ello⁵². No obstante, tal principio encuentra excepciones consagradas en la Ley, como es la prelación legal de créditos contemplada en el Código Civil.

Estas excepciones, además de ser una inclusión de política legislativa, se fundamenta en dos factores: (i) El primero, relacionado con la concurrencia de más de un acreedor al momento de exigir el cumplimiento de las obligaciones pendientes del deudor y; (ii) El segundo, relacionado con la insuficiencia patrimonial de este para atender la totalidad de sus obligaciones a tiempo. La concurrencia de estos factores implicó el nacimiento de lo que se conoce como “*prelación legal de créditos*”⁵³, en virtud de la cual se dispone un orden legal para efectuar el cumplimiento de estas. En ese sentido, al coexistir en un mismo momento varias obligaciones ya exigibles e insuficiencia patrimonial para atenderlas en su totalidad,

⁵² “De aquí que se diga que, siempre en principio, todos los acreedores están en el mismo plano de igualdad, que todos tienen igual derecho, que todos van por igual (principio del concurso).” Rodríguez Ferrara, Mauricio. Introducción al Derecho de Obligaciones. Livrosca, c.a. Caracas, Venezuela, 1997. Pág. 151.

⁵³ “(...) la prelación de créditos es la que la ley establece entre ellos para ser pagados en cierto orden, lo que puede determinar que alguno o algunos de ellos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente.” Ospina Fernández. Régimen general de las Obligaciones. Temis, Octava edición. Bogotá, Colombia. 2018. Pág. 66

el ordenamiento jurídico vio la necesidad de implementar un orden de prelación en el pago de las acreencias de un deudor, cuyo desconocimiento acarrea una infracción legal. Tal prelación se encuentra establecida en el título XL del Código Civil⁵⁴.

Así las cosas, al remitirse al título mencionado, se debe tomar como punto de partida el artículo 2492⁵⁵, el cual dispone que los acreedores podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y costos de la cobranza para que con el producto de estos se satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes y en caso de no serlos, se deberá atender la clasificación enunciada en el mismo. A partir de esta disposición se desprenden dos premisas: (i) La primera, ya enunciada a lo largo del texto, y referida al derecho de persecución patrimonial de los acreedores con miras a solicitar el cumplimiento de los créditos insatisfechos. Para ello, el legislador faculta a estos a exigir la venta de todos los bienes del deudor hasta concurrencia del monto de sus acreencias, junto con los intereses que se pudieron causar, así como los costos que implica coaccionarlo; (ii) Por otro lado, tenemos que en el caso de que los bienes del deudor no sean suficientes para satisfacer la totalidad de las acreencias, será necesario atender la clasificación dispuesta en la norma referida al orden y prelación de pago. En ese sentido, los artículos 2495 y siguientes disponen:

⁵⁴ “el Código Civil divide los créditos en cinco clases, atribuyéndoles preferencia a las primeras cuatro, respecto de la quinta que agrupa los créditos comunes, cuyo pago depende que quede remanente de bienes después cubrir los créditos.” Ospina Fernández. Régimen general de las Obligaciones. Temis, Octava edición. Bogotá, Colombia. 2018. Pág. 67 y 68

⁵⁵ “**ARTICULO 2492. VENTA DE LOS BIENES DEL DEUDOR.** Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue”. Para mayor información véase en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>. (Última fecha de apertura: 1 de octubre de 2018).

(i) El primer nivel de acreencias por atender y dispuesto en la Ley como créditos de primera clase comprende todas las deudas referidas a costas judiciales que se causen con interés de los acreedores; las expensas funerarias necesarias del deudor difunto; los gastos de enfermedad de que haya fallecido el deudor; los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo; artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses y los créditos del fisco. Tales acreencias se resumen en créditos laborales, familiares, del fisco y costas procesales y conforman lo que se conoce como la primera clase de prelación legal⁵⁶.

(ii) En el segundo nivel denominado segunda clase se encuentran los créditos relacionados con el posadero del deudor, sus efectos y lo que se deba por alojamiento, expensas y daños; lo que se deba como consecuencia del servicio de transporte, el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia del mismo junto con sus expensas y daños y; las acreencias garantizadas con una prenda. En esta

⁵⁶ “**ARTICULO 2495. CREDITOS DE PRIMERA CLASE** La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.

2. Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto.

3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia

4. Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo.

5. Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses.

El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

6. Lo créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados”. Para mayor información véase en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

(Última fecha de apertura: 1 de octubre de 2018).

clase toman relevancia estos últimos, de ahí que se condense toda esta en los créditos que se encuentren garantizados con una prenda⁵⁷.

(iii) La tercera clase comprende todos los créditos garantizados con una hipoteca, conocidos también como créditos hipotecarios⁵⁸.

(iv) La cuarta clase aglomera los créditos del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de renta y bienes fiscales; establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas; los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que

⁵⁷ **“ARTICULO 2497. CRÉDITOS DE SEGUNDA CLASE.** *A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:*

1. El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños.

2. El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta.

3. El acreedor prendario sobre la prenda”. Para mayor información véase en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>. (Última fecha de apertura: 1 de octubre de 2018).

⁵⁸ **“ARTICULO 2499. CRÉDITOS DE TERCERA CLASE.** *La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.*

A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores, o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas.

Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción.

En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él”. Para mayor información véase en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

(Última fecha de apertura: 1 de octubre de 2018).

administra el padre sobre los bienes de éste; los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores; los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios⁵⁹.

(v) Finalmente en la quinta clase se encuentran los créditos que no cuentan con ninguna preferencia, es decir, los acreedores quirografarios⁶⁰.

Sentada la anterior prelación, la misma está llamada a dilucidar la forma y orden en que se van a atender múltiples obligaciones teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2488 del Código Civil, es decir, el patrimonio como garantía de todos los acreedores⁶¹. Tal prelación se concibe sobre la base de que algunas acreencias

⁵⁹ “**ARTICULO 2502. CRÉDITOS DE CUARTA CLASE.** La cuarta clase de créditos comprende:

1. Los del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales.

2. Los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas.

4. Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra el padre sobre los bienes de éste.

5. Los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores.

7. **Adicionado por el art. 124, Ley 1116 de 2006, así:** Los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios”. Para mayor información véase en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

(Última fecha de apertura: 1 de octubre de 2018).

⁶⁰ “**ARTICULO 2509. CREDITOS DE QUINTA CLASE.** La quinta y última clase comprende los bienes que no gozan de preferencia.

Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha”. Para mayor información véase en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

(Última fecha de apertura: 1 de octubre de 2018).

⁶¹ “(...) llamada a dilucidar la forma- el orden- en que se atienden las varias obligaciones de un mismo deudor frente a los distintos acreedores, a sabiendas de quien como ya se ha

tienen mayor importancia y relevancia en el ordenamiento y por tanto prelación, justificado en su necesidad de protección por parte del ordenamiento jurídico y en ese sentido, es lógico que obligaciones como las laborales y fiscales tengan prelación sobre otras como la hipoteca o prenda, pues las primeras tienen estrecha relación con los lineamientos y objetivos constitucionales y legales objeto de especial protección por parte del ordenamiento jurídico⁶².

Ahora bien, esta prelación al quebrantar el principio de igualdad de trato a los acreedores tiene aplicación restrictiva y por tanto sólo aplica para los casos contenidos en la misma⁶³, de ahí que créditos que no se encuentren regulados expresamente en aquella serán por excelencia créditos quirografarios, sirviéndose esta última clase como cláusula residual de las demás acreencias no contempladas en las otras clases. Siguiendo la misma línea, a partir de lo anterior, salvo disposición en contrario, los acreedores no pueden desconocer la misma, ni pactar un orden diferente, dándosele aplicación obligatoria⁶⁴.

En conclusión, tenemos que la prelación legal surge como consecuencia de la concurrencia de más de un acreedor con una acreencia exigible y la insuficiencia

señalado, el patrimonio de aquel es la garantía de todos estos.” Bonivento Jiménez, José Armando. Obligaciones. Legis, Bogotá, Colombia. 2017. Pág. 377.

⁶² “(...) en nuestro ordenamiento el mecanismo se concibe y desarrolla sobre la base de que existen algunos créditos que tiene preferencia, en el entendido, por definición legal, que las causas de ella se ubican en el privilegio- que lo tienen los créditos de primera, segunda y cuarta clase- y la hipoteca- de tercera clase.” *Ibíd.*

⁶³ “como se trata de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, su aplicación es restrictiva, es decir, que no es aplicables sino en los casos expresamente previstos por la ley”. Ospina Fernández. Régimen general de las Obligaciones. Temis, Octava edición. Bogotá, Colombia. 2018. Pág. 67

⁶⁴ “(...) la ley es la que determina en qué orden se han de satisfacer las acreencias, o sea que los particulares no pueden modificar la *pars conditio* o el orden de prelación por pacto entre ellos” Hinecrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Tercera edición, 2015. Pág. 693

patrimonial del deudor para atender la totalidad de las mismas. En ese sentido, la aludida prelación dispone la forma y orden de pago de las obligaciones exigibles, cuya aplicación además de ser restrictiva por las razones expuestas, es de orden público y por tanto le está vedado a las partes contractuales desconocerla y pactar algo en contrario.

Capítulo 3. Régimen de responsabilidad del deudor por sus obligaciones en la legislación comercial

Por otro lado y siguiendo la misma línea del capítulo anterior, el deudor en el escenario comercial se rige por la premisa en virtud de la cual responde con todo su patrimonio y por tanto se consagra su responsabilidad ilimitada. En otras palabras, éste responde tanto por sus obligaciones como por los daños y perjuicios que se pudieron causar junto con las costas procesales que implicaron su coaccionamiento con todo su patrimonio. En este sentido, la responsabilidad sigue siendo patrimonial y por ende tiene como garantía para aquellas sus bienes presentes y futuros.

Esta previsión si bien no se encuentra consagrada expresamente en el Estatuto Mercantil, su fundamento legal encuentra asidero en los artículos primero⁶⁵ y segundo del mismo⁶⁶ en virtud de los cuales se dispone que los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial y en los

⁶⁵ **“ARTÍCULO 1o. <APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL>.** *Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas*”. Para mayor información véase en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html#2. (Última fecha de revisión: 2 de octubre de 2018).

⁶⁶ **“ARTÍCULO 2o. <APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL>.** *En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil*”. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html#2. (Última fecha de revisión: 2 de octubre de 2018).

casos no regulados expresamente, se dará aplicación a la técnica de la analogía. De la misma forma, en las cuestiones comerciales que no se encuentren reguladas en los dos supuestos anteriores, se dará aplicación directa a la legislación civil. Teniendo en cuenta lo anterior, al no encontrar disposición alguna que se refiera expresamente a la responsabilidad del empresario, se tiene que el Estatuto Mercantil permite aplicar el ya enunciado artículo 2488 del Código Civil en virtud del cual se consagra la responsabilidad patrimonial del deudor.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien en términos generales se da aplicación a esa disposición, es menester tener en cuenta que con ocasión del nacimiento del instrumento de la personificación jurídica y el surgimiento de la figura societaria, la responsabilidad derivada por los sujetos que la conforman y la sociedad en sí misma es diferente, aspecto que se precisará en el presente capítulo.

En ese sentido, se destaca la importancia de la figura societaria, no sólo por guardar relación alguna con la responsabilidad del deudor sino también porque a través del uso de ésta se facilitaron las relaciones y transacciones comerciales. La misma se convirtió en el actor principal de las relaciones comerciales, pues la facilidad y practicidad que brinda al empresario permitió que hoy por hoy ésta sea el vehículo por excelencia para realizar cualquier actividad económica.

La sociedad representa colaboración, surge a partir de un contrato⁶⁷ en virtud del cual los sujetos que la conforman persiguen una misma finalidad: realizar una actividad económica y por ende percibir utilidades; para ello se asocian aportando cada uno un insumo necesario para alcanzarla, que si bien en la mayoría de los casos se relaciona con un aporte pecuniario, no en todos los supuestos es así, pues

⁶⁷ “(...) la sociedad es un estado voluntario, por cuanto nace siempre de un contrato (...)” Narváez García, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Librería Jurídica Wilches, Quinta edición, Bogotá, Colombia, 1987. Pág. 19

en ocasiones el motivo de asociación no es únicamente el de realizar una actividad económica, sino también las calidades de la persona con la que se asocia⁶⁸.

Al surgir como consecuencia de la celebración de un contrato plurilateral⁶⁹, el mismo requiere de la concurrencia de los elementos exigidos para obligarse contemplados en el Código Civil y Código de Comercio, es decir, capacidad y consentimiento de los socios, objeto lícito y causa lícita⁷⁰, junto con las exigencias dispuestas en el

⁶⁸ “La sociedad representa una empresa de colaboración, en la que todos los socios persiguen una misma finalidad esencial-la obtención de una utilidad repartible entre todos ellos-, con la utilización de unos mismos medios materiales y formales, como son los aportes y las reglas de conducta social pactadas en forma de estatutos.” Pinzón, Gabino. Sociedades Comerciales, volumen I, Teoría general. Temis, quinta edición, Bogotá, Colombia, 1988. Pág. 14

⁶⁹ “(...) El contrato de sociedad es plurilateral porque pueden intervenir dos o más personas, de modo que cada contratante tiene frente a sí, simultáneamente, tantas partes cuantos asociados sean y, sin alterar su sustancia, permite la adhesión de nuevos socios y el derecho de receso, o sea, la salida de los existentes” Narváez García, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Librería Jurídica Wilches, Quinta edición, Bogotá, Colombia, 1987. Pág. 59

⁷⁰ **Código Civil: “ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE.** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz; 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito; 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”. Para mayor información ver en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=39535>. Última fecha de revisión: 3 de octubre de 2018.

y

Código de Comercio: “ARTÍCULO 101. <VALIDEZ DEL CONTRATO DE SOCIEDAD>. Para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos. Se entiende por error esencial el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes”. Para mayor información véase en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr003.html#98. Última fecha de revisión: 3 de octubre de 2018.

artículo 110 del Código de Comercio y las formalidades requeridas para su constitución y publicidad⁷¹. Una vez cumplido lo anterior y en virtud de lo consagrado en el artículo 98 del Estatuto mercantil⁷², surge a partir de su perfeccionamiento una nueva persona jurídica, distinta a la de sus creadores individualmente considerados⁷³.

Entre los múltiples efectos jurídicos que se derivan de su nacimiento, se destaca su titularidad patrimonial, es decir, surge a favor de ésta un patrimonio propio y autónomo del de los socios, conformado en una etapa inicial por los aportes realizados por estos⁷⁴.

⁷¹ “(...) la formación legal o regular de la sociedad se cumple en dos etapas sucesivas: la de formulación autentica –mediante una escritura pública- de las cláusulas del contrato social que determinan el régimen convencional de la sociedad; y la de publicidad comercial de ese régimen convencional de la sociedad mediante su inscripción en el registro público de comercio, para hacerlo oponible a terceros en todo cuanto a ellos pueda interesar.” Pinzón, Gabino. Sociedades Comerciales, volumen I, Teoría general. Temis, quinta edición, Bogotá, Colombia, 1988. Pág. 40

⁷² “**ARTÍCULO 98. <CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA>**. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Para mayor información véase en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr003.html#98. Última fecha de revisión: 3 de octubre de 2018.

⁷³ “Según la previsión normativa del artículo 98 del Código de comercio, el efecto principal de la constitución regular de la sociedad es la formación de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (...) En la actualidad, la personificación jurídica de la sociedad no se sujeta a autorizaciones gubernamentales previas sino al cumplimiento formalidades de orden legal, de modo que cuando se verifica la constitución regular de la compañía esta surge, en forma automática, como un ente jurídico diferenciado” Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario, Tomo I. Temis, Bogotá, Colombia, 2004. Pág. 175

⁷⁴ “El patrimonio constituido por las aportaciones de los socios, es el patrimonio de la sociedad, no el patrimonio de los socios. Estos no son dueños de los bienes y derechos que integran el patrimonio social, ni individual ni colectivamente, la propiedad es de la

Lo anterior significa que existe una división entre el haber patrimonial de los socios y la sociedad, lo que repercute directamente en la premisa que se esbozó al inicio en virtud de la cual los acreedores tienen como garantía para exigir el cumplimiento de sus créditos el patrimonio del deudor. En ese sentido, al surgir una nueva persona jurídica y existir una división patrimonial entre los socios y ésta, por regla general, los acreedores tendrán como garantía única y exclusivamente el patrimonio de aquella, no obstante eso y dependiendo del tipo de sociedad elegido⁷⁵, tal premisa guarda algunos matices los cuales se expondrán a continuación:

3.1. Sociedades de personas

En primer lugar, se destaca el grupo de las sociedades de personas, conformada por la sociedad colectiva, comandita simple y de responsabilidad limitada⁷⁶. Esta clasificación se caracteriza por tener un factor predominante y es el referido a los motivos por los cuales se deciden asociar, pues se resalta la importancia del elemento *intuitu personae* al momento de asentar el contrato social⁷⁷.

sociedad, y a nombre de ella se registrará, en los casos en que este requisito debe cumplirse.” Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Editorial Porrúa, México. 1959. Pág. 114

⁷⁵ “*Las sociedades pueden ser en consideración a las personas o al capital, es decir, intuitu personae e intuitu pecuniae, teniendo en cuenta la posición jurídica de los asociados, frene a los mismos socios y con respecto de terceros*” Leal Pérez, Hildebrando. Derecho de sociedades comerciales. Segunda edición. Editorial Ieyer. Bogotá, Colombia. 1999. Pág. 42

⁷⁶ “*(...) entre las sociedades de personas se encuentra la sociedad colectiva, en comandita simple y de responsabilidad limitada (...)*”. Vasquez Palma, María Fernanda. Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del comercial. Legal Publishing y Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2013. Pág. 341

⁷⁷ “*El elemento intuitu personae se refleja en los diversos aspectos de su regulación normativa. Desde el momento de su constitución, cualquier elemento que pueda afectar las condiciones personales de la asociación tiene implicaciones sobre los vínculos de los asociados o, inclusive, respecto de la misma viabilidad jurídica de la sociedad.*” Reyes

El referido elemento está endilgado a las calidades intrínsecas del empresario, su pundonor y el buen nombre que éste ostente en las relaciones comerciales del día a día, de ahí que un factor que toma gran fuerza en este tipo de sociedades es la confianza depositada en su extremo contractual – socio⁷⁸. Este aspecto surte efectos jurídicos interesantes como es el relacionado con la simbiosis entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus creadores. En ese sentido, en estos tipos societarios se consagra una extensión del patrimonio de la persona jurídica hacia el de sus asociados cuya consecuencia radica en la extensión de la responsabilidad de las obligaciones a estos⁷⁹.

Dicho lo anterior en otras palabras, los acreedores tienen como garantía no sólo el patrimonio de la sociedad, sino que también cuentan con la posibilidad de exigir el cumplimiento de sus créditos a los socios de aquella, pues existe una prolongación de la responsabilidad del ente societario hacia estos, donde están llamados a responder solidariamente por las deudas de aquella⁸⁰.

Villamizar, Francisco. Derecho Societario, Tomo I, Segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2009, Pág. 22

⁷⁸ *“Las sociedades de personas presentan la ventaja de la simplicidad en su constitución, basta un pequeño número de personas para que ellas se formen. La base de la unión está en la confianza recíproca que se deben los socios para emprender negocios de pequeña envergadura económica. Por el contrario, el mayor inconveniente que presentan reside justamente en este punto, pues su existencia está ligada a la vida de estos.”* Vasquez Palma, María Fernanda. Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del comercial. Legal Publishing y Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2013. Pág. 342

⁷⁹ *“(…) el sistema de riesgos para los socios se caracteriza por una extensión de responsabilidad que envuelve un compromiso del patrimonio personal de los socios en las operaciones que realiza la persona jurídica. Se les puede llamar a responder por las deudas adquiridas por el ente social en aquellos casos en que los fondos sociales resulten insuficientes para satisfacer en su integridad el pasivo social externo.”* Ibídem.

⁸⁰ *“aquí no se presenta un divorcio total entre patrimonio social y el de cada socio en particular, por el contrario, los patrimonios tratan de confundirse. La característica esencial*

Así las cosas, a diferencia de la regla general mencionada repetitivamente en estas líneas relacionada con la responsabilidad patrimonial del deudor, en el caso de las sociedades de personas esta se extiende hacia sus socios, brindando como garantía para el cumplimiento de sus obligaciones su patrimonio y el de sus miembros.

3.2. Sociedades de Capital

Por otro lado, se encuentra el grupo de las sociedades de capital, conformado por la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones y la sociedad por acciones simplificada⁸¹. A diferencia de las sociedades que se mencionaron en las anteriores líneas, estas se encuentran desligadas en su totalidad con la calidad de la persona con la que se asocia y en ese sentido, el fundamento y motivos de trabajar en conjunto cambia surtiendo efectos disímiles a los ya expuestos⁸².

recae en la responsabilidad, que en estos casos es personal e ilimitada en lo que se refiere a los negocios sociales. Todas las obligaciones en esta forma de sociedades se tornan solidarias. (...) Ahora, la responsabilidad se extiende solo para negocios u operaciones propias del objeto social de la sociedad, sino también para aquellas que sean autorizadas por el objeto social. Es pues una responsabilidad que va más allá de los cálculos y los aportes de los socios.” Leal Pérez, Hildebrando. Derecho de sociedades comerciales. Segunda edición. Editorial Iyer. Bogotá, Colombia. 1999. Pág. 42

⁸¹ “(...) La sociedad capital son la en comandita por acciones, la sociedad por acciones y la sociedad anónima (...)” Vasquez Palma, María Fernanda. Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del comercial. Legal Publishing y Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2013. Pág. 341.

⁸² “(...) en general, se encuentran completamente desligadas de la consideración de la persona del socio, en su constitución y funcionamiento. En ellas los socios titulares de acciones negociables (por norma general, libremente cesibles a terceros), responden solo hasta el monto de sus aportes o a la suma que a más que esto se indique y son administradas por un órgano esencialmente revocable (...)” Ibídem. Pág 342 y 343.

En ese sentido, el factor relevante en estas sociedades no es el *intuitio personae*, sino la aglomeración de capital independientemente de quien lo aporte, con miras a estructurar un negocio que cuente con la capacidad económica para emprender la mejor ruta⁸³. Dicho en otras palabras, en este tipo de sociedades se deja de un lado las calidades intrínsecas de la persona y se pasa a darle importancia al monto del aporte junto con las facilidades que se puedan brindar para realizar una actividad económica mucho más compleja, a diferencia de lo que sucede en las sociedades de personas, donde por regla general sus actividades son más sencillas y el número de asociados es menor.

La consecuencia jurídica de lo anterior se traduce en el hecho de que en este tipo de sociedades se bifurcan los patrimonios de los socios con el de la sociedad, generando como consecuencia el efecto contrario de las sociedades de personas, es decir, que sus acreedores tendrán como garantía para el cumplimiento de sus obligaciones única y exclusivamente el patrimonio de la sociedad y no el de sus socios⁸⁴, salvo algunas excepciones consagradas en la Ley como es el instituto del levantamiento del velo corporativo, el cual es de aplicación restrictiva y que por regla general requiere de la confluencia de elementos adicionales al de la obligación.

En el mismo sentido, sus miembros ya no responderán de manera ilimitada y por tanto su responsabilidad se circunscribirá hasta el monto de sus aportes. Esto

⁸³ “(...) Desde el punto de vista económico, las sociedades de capitales son actualmente la estructura jurídica más adaptada a las empresas modernas por las múltiples ventajas que presentan en el tráfico comercial, pero también presentan inconvenientes, en tanto sus títulos (acciones) experimentan a menudo fluctuaciones en la bolsa (sociedades anónimas abiertas) que se corresponden muchas veces con las especulaciones de orden financiero y no necesariamente a la marcha de la sociedad”. Ibídem.

⁸⁴ “(...) en las sociedades de capital se presenta una marcada separación, un divorcio entre el patrimonio social y el particular. La distinción de patrimonios subiste porque la responsabilidad de los socios es limitada, convirtiéndose el patrimonio social en la única prenda de los acreedores”. Leal Pérez, Hildebrando. Derecho de sociedades comerciales. Segunda edición. Editorial Ieyer. Bogotá, Colombia. 1999. Pág. 42

repercute directamente en la mal llamada prenda general de los acreedores de la sociedad, pues en estos casos, aquellos solo tendrán como garantía para sus acreencias el patrimonio de la sociedad y no el de sus asociados⁸⁵.

Así las cosas y a manera de conclusión se tiene que la responsabilidad del deudor encuentra su fundamento en el artículo 2488 del Código Civil y cuya aplicación se traspala al régimen comercial como consecuencia de lo dispuesto en el artículo segundo del Estatuto mercantil. De esta forma, en este escenario tenemos que el empresario responde con todo su patrimonio de forma ilimitada, empero y dada la clasificación que se aludió en las anteriores líneas, su responsabilidad guarda matices dependiendo del tipo de sociedad que se elija pues si se está en presencia de una sociedad de personas, la responsabilidad de la sociedad se extiende de forma solidaria e ilimitada al patrimonio de sus socios brindando mayor garantía a los acreedores de la persona jurídica y por otro lado, si se está en presencia de una sociedad de capital, la responsabilidad de aquellos se limita única y exclusivamente hasta el monto de sus aportes.

⁸⁵ “(...) los elementos mínimos comunes a los diversos tipos integrantes de dicha categoría pueden resumirse, fundamentalmente, en los dos siguientes: la necesaria existencia de un capital social integrado por las aportaciones de los socios, dividido, bien en acciones (sociedad anónima y sociedad comanditaria por acciones, bien en participaciones (sociedad de responsabilidad solidaria) y la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales, sin perjuicio del efecto contrario para aquellos accionistas de la sociedad comanditaria por acciones que sean, a la vez, sus administradores, a los que se aplicará la responsabilidad característica de los socios colectivos (...)” Imbrid Irujo, José Miguel (dir), Ferrando Villalba, María de Lourdes, Marti Moya, Vanessa (coords.) Introducción al Derecho de sociedades de capital. Estudio de la ley de sociedades de capital y legislación complementaria. Marcial pons, Madrid, 2013. Pág. 28

Título II. La Responsabilidad del Deudor en la Insolvencia

Se mencionó en el anterior título que el deudor por regla general responde con todo su patrimonio. Que este tipo de responsabilidad, si bien está consagrada para que su aplicación se de en el escenario civil y comercial, encuentra regulaciones más estrictas y detalladas en escenarios específicos y excepcionales, sin desconocer que la piedra angular de estos es la responsabilidad patrimonial del deudor.

Entre los múltiples escenarios, se destaca el de la crisis empresarial regulado en la Ley 1116 de 2006 y cuyo nombre bajo el crisol del ordenamiento jurídico colombiano es el Régimen de Insolvencia empresarial. Esta regulación atiende un fenómeno conocido como la “insolvencia” y el cual está estrechamente relacionado con la insuficiencia patrimonial del empresario⁸⁶.

Teniendo en cuenta el anterior contexto, el autor introduce la responsabilidad del deudor en la insolvencia tomando como punto de partida la reiterada premisa relacionada con el hecho de que el deudor responde con todo su patrimonio y que en ese sentido, el acreedor tiene como garantía la mal llamada prenda general de los acreedores para la satisfacción de la totalidad de sus créditos. Esta obligación encuentra sustento en la palabra depositada por el deudor y, en esa medida, está llamado a consumir y honrar su palabra, pues ha generado una expectativa de cumplimiento⁸⁷.

⁸⁶ *“Describe el fenómeno o fundamento del derecho concursal, la crisis de insuficiencia elevada a la impotencia patrimonial para el cumplimiento regular de las obligaciones”.* GARAGUSO, Horacio Pablo. Fundamentos de Derecho Concursal. AD-HOC, 2001. Buenos Aires, Argentina. Pág. 75.

⁸⁷ *“La fides del derecho romano, la fuerza de la palabra empeñada, el deber de no transgredir lo estipulado, la necesidad de respetar y creer en el otro, son conceptos sobre los cuales se construye todo sistema legal y al cual no puede ser ajeno el derecho concursal. Con frecuencia enseñamos en las aulas que el derecho concursal no persigue la protección de un crédito particular, sino la confianza colectiva que los acreedores depositaron en el deudor, la cual es base de todo el sistema de relaciones negócias”.*

Ahora en hipótesis donde el deudor no logre satisfacer a tiempo sus obligaciones, o en su defecto prevea que va a llegar al incumplimiento de dos o más de estas, estaríamos en presencia del fenómeno de insuficiencia patrimonial del deudor cuyo foco se centra en problemáticas económicas con tratamientos jurídicos.

En ese sentido y con miras a explicar la responsabilidad del deudor en la insolvencia, en el presente capítulo se abordará tomando como derrotero inicial el fenómeno de la insuficiencia patrimonial, sus efectos y consecuencias jurídicas, así como las finalidades y principios rectores que orientan la regulación de la responsabilidad en la insolvencia para aterrizar a algunas precisiones respecto de la responsabilidad patrimonial en este escenario.

Capítulo 1 Fundamento de la insolvencia

El Estatuto concursal tiene como objeto regular lo atinente al fenómeno de la insolvencia. El fundamento de esta normatividad, de orden público y de carácter especial está estrechamente relacionado con los cimientos sobre los cuales se edifica la insolvencia; en ese sentido y con miras a entender tal normatividad y por ende el fenómeno consagrado en ésta, es menester tomar como punto de partida aquel para luego ahondar en su fundamento como también en sus finalidades.

Así las cosas, la insolvencia se define como aquella incapacidad del deudor para atender más de una obligación a tiempo y en las condiciones inicialmente pactadas, como consecuencia de la insuficiencia patrimonial del deudor para garantizar el cumplimiento de aquellas, situación que impide su satisfacción y por tanto se sirve como presupuesto para declarar la crisis del deudor⁸⁸. En consecuencia, cuando se

Rodríguez Espitia, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Aparte introductorio.

⁸⁸ *“El supuesto de la quiebra es la hipótesis de un deudor cuyo patrimonio sea incapaz de satisfacer sus obligaciones. Esta incapacidad patrimonial se denomina insolvencia”.* Gómez

está en presencia del incumplimiento patrimonial de más de una obligación, emerge el fenómeno de la insolvencia, el cual propende por pagarle y cumplirle a los acreedores de un deudor que no se encuentre en condiciones para satisfacer de manera íntegra y oportuna sus obligaciones⁸⁹.

El incumplimiento genera daño, trunca las expectativas de los acreedores y por tanto causa perjuicios que el deudor deberá reparar. Por ello, la insolvencia además de propender por el pago de las acreencias del deudor debe atender esos daños, pues así se repara integralmente el perjuicio causado por la crisis del deudor. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario destacar que no en todos los casos es posible cumplir de manera íntegra la obligación, pues el patrimonio del deudor no es suficiente para ello, de ahí que el Régimen concursal se orienta a través de principios que propenden, entre otros, atender en la mayor medida de lo posible las acreencias insatisfechas brindando un tratamiento igualitario a todos los acreedores⁹⁰.

Son muchas las hipótesis y causas que llevan al deudor al incumplimiento de sus obligaciones⁹¹, entre las cuales se destaca a manera de ejemplo, la falta de adaptación del deudor al mercado, la desestabilidad monetaria, la devaluación de la moneda, la desaceleración de la economía, un desequilibrio en la oferta y

Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo. El Derecho de quiebras, Tomo 1. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile 2011. Pág. 38.

⁸⁹ La quiebra persigue proveer al pago de los acreedores de un deudor que no se encuentra en condiciones de satisfacer en forma íntegra y oportuna sus deudas. Ibídem. Pág. 27

⁹⁰ “(...) es una figura que resguarda primordialmente los intereses generales de los acreedores, fundada en los principios de protección que persiguen las normas que regulan la institución y sobre los cuales descansa el procedimiento, lo que marca el rumbo del rasgo fundamental que la caracteriza”. Ibídem. Pág. 26

⁹¹ Acercándose un poco más al tecnicismo de la normatividad concursal, es dable argüir que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se conoce también como crisis patrimonial.

demanda, entre otras⁹². Estas hipótesis, como muchas más, infieren de manera directa en el curso normal de las relaciones económicas y especialmente en la economía del país, de ahí que a través del régimen objeto de estudio se interviene el impacto en el tráfico jurídico y se regula y controla el fenómeno de la insolvencia⁹³.

En el mismo sentido, este fenómeno repercute tanto en el deudor como en los acreedores, en el primero porque aquel no puede cumplir sus obligaciones y de ese modo causa perjuicios de los cuales estará obligado a reparar. En otras palabras, la situación del deudor se agrava como consecuencia de su insolvencia, pues ahora deberá propender por el cumplimiento de la obligación junto con los perjuicios que esta pudo ocasionar. Por otro lado, se observa como la expectativa de cumplimiento de los acreedores se ve defraudada, pues ya no es posible que el deudor honre sus

⁹² Entre las causas determinantes para entrar en crisis patrimonial tenemos:

“(…)

- *La falta de adaptación al mercado internacional*
- *La falta de competitividad por incrementos constantes de costos sociales-*
- *La falta de previsión al corte repentino y desmesurado del dinero en circulación*
- *La desestabilidad monetaria y devaluación del peso*
- *El alto costo del dinero, mantenido artificialmente no para frenar la inflación o fomentar el ahorro, sino para evitar o cortar la salida de capitales, atraer la inversión extranjera y financiar el déficit público con dinero especulativo.*
- *La desaceleración de las inversiones a largo y mediano plazo nacionales, publicas y privadas.*
- *La falta de capitalización suficiente y de recursos disponibles de la empresa para la resistencia dela crisis”.*

Para mayor información véase en: HARTASÁNCHEZ NOGUERA, Miguel A., La Suspensión de Pagos. Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 5.

⁹³ “Es por ello que, desde las primeras normativas mercantiles, todos los ordenamientos han reaccionado contra estos actos realizados en un intento, claramente definido, de proteger a la comunidad de acreedores perjudicada por la actuación del fallido en una época de claro desarreglo económico, mediante el establecimiento de determinadas acciones que permitan configurar correctamente la masa activa del concurso, entendida como elemento objetivo de la ejecución colectiva y garantía de cobro de los acreedores”. Rivera Fernández, Manuel. Reintegración y Concurso de Acreedores. Editorial Dilex, S.L. Madrid, España. Pág. 16

obligaciones a tiempo y en las condiciones pactadas. Esto genera un perjuicio no previsto y un incumplimiento de la palabra empeñada, viéndose los acreedores en la necesidad de trabajar de manera conjunta para que su deudor se recupere de la crisis y así satisfaga todas sus acreencias⁹⁴.

Ahora bien, se mencionó que son muchas las causas o factores que inciden de manera directa en la insolvencia del deudor, no obstante ello, todas éstas se pueden aglomerar en una sola y la cual es el fundamento de la insolvencia, como es la insuficiencia patrimonial del deudor para atender sus obligaciones. Este fundamento se encuentra regulado por el Estatuto concursal, donde se marcan los derroteros para determinar cuando el deudor se encuentra en insuficiencia patrimonial y en ese sentido se hace imperioso ahondar en el tema, tal como se expondrá a continuación.

1.1. Precisiones sobre la insuficiencia patrimonial del deudor para atender sus obligaciones.

El fundamento de la insolvencia es la insuficiencia patrimonial del deudor para cumplir sus obligaciones, no obstante ello es necesario que el lector se pregunte ¿qué es insuficiencia patrimonial?

En respuesta al anterior interrogante se tiene que ésta es toda incapacidad del deudor para atender pecuniariamente sus obligaciones. Es *“la impotencia del patrimonio del deudor para afrontar las obligaciones que lo grava”*⁹⁵, Es ausencia

⁹⁴ *“El juicio concursal en un procedimiento colectivo porque de él pueden participar todos los acreedores del deudor”*. ESCUTI, IGNACIO Y JUNYENT BAS, FRANCISCO. DERECHO CONCURSAL. ASTREA, 2006. Buenos Aires, Argentina. Pág. 57.

⁹⁵ *“(…) tiene como fundamento la impotencia del patrimonio de un deudor para afrontar las obligaciones que lo grava, hecho que lo induce a incurrir en una situación de cesación de sus pagos, al no poder cubrir sus delitos, lo que provoca el incumplimiento de sus obligaciones y con ello se provoca su estado de falencia”*. Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo. El Derecho de quiebras, Tomo 1. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2011. Pág. 38.

de activos en el patrimonio de éste para satisfacer oportunamente aquellas. Y por esas definiciones, la insuficiencia patrimonial además de ser el fundamento de la insolvencia, es el verdadero objeto de regulación en el Estatuto concursal colombiano. La incidencia de esto se refleja en la necesidad de intervenir en la crisis del deudor para brindarle en un primer momento, un nuevo aire, una oportunidad para reorganizarse y recuperarse; en el caso de que esto no sea posible, se tramita en cumplimiento de unos parámetros, la liquidación de la masa del deudor para satisfacer las acreencias pendientes.

En ese sentido, el referido Estatuto en su artículo noveno⁹⁶ consagra la exigencia del cumplimiento de unos supuestos de admisibilidad del deudor a los procesos concursales los cuales se encuentran estrechamente relacionados con su insuficiencia patrimonial, pues a partir de estos se limita su alcance y contenido y

⁹⁶ **“ARTÍCULO 9o. SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD.** *El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.*

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:

Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

2. Incapacidad de pago inminente.

El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

PARÁGRAFO. *En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas”* Para mayor información véase en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html. (Última fecha de revisión: 9 de octubre de 2018).

en esa medida, la insuficiencia patrimonial se refleja en las condiciones impuestas por el legislador en el mencionado artículo. Dicho en otras palabras, si el deudor no cumple con los requisitos exigidos legalmente, bajo el crisol del ordenamiento jurídico éste no se encuentra en incapacidad patrimonial y por tanto no podrá ser admitido a alguno de los procesos dispuestos en el Estatuto concursal.

La norma prevé dos supuestos para el inicio de los procesos concursales, esto es: (i) la existencia de una situación de cesación de pagos y; (ii) la incapacidad de pago inminente. Dada la importancia de estos dos, se hace imperioso realizar las siguientes precisiones:

(i) El primer supuesto es la cesación de pagos. En estricto sentido, ésta no se encuentra definida en la Ley sino que por el contrario, el Estatuto concursal se encarga de prescribir cuándo un deudor se encuentra en cesación de pagos. En ese sentido dispone que éste incurre en el primer supuesto cuando incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o en su defecto tenga por lo menos dos (2) demandas ejecutivas presentadas por dos (2) o más acreedores para exigir el pago de sus obligaciones. En cualquiera de los supuestos descritos, el valor de éstas debe representar por lo menos el 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de la presentación de la solicitud de admisión al proceso⁹⁷.

Antes de que se proceda a precisar lo anterior, es menester puntualizar la cesación de pagos. Esta hace alusión a la incapacidad del deudor de cumplir sus obligaciones como consecuencia de dificultades patrimoniales que atraviesa, verbigracia, iliquidez, debilidad en su flujo de caja o la ausencia de recursos en el activo corriente⁹⁸. alguna parte de la doctrina equipara a la cesación de pagos como

⁹⁷ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa: No. 430-000002 del 24 de julio de 2007

⁹⁸ “(...) una de las expresiones de los supuestos objetivos de la insolvencia, que a su vez se constituye como la más genuina, es la cesación de pagos, según la cual el acceso a los

sinónimo de insolvencia⁹⁹, apreciación que a juicio del autor es errada, pues si bien la cesación es un presupuesto de la insolvencia, la última no se limita únicamente a ésta, sino que por el contrario se puede llegar a un estado de insolvencia sin necesidad de estar incurso en cesación de pagos.

Retomando el contenido legal, la cesación de pagos se encuentra conformada por cuatro elementos: (i) El primero también llamado elemento objetivo, consiste “*en el incumplimiento de obligaciones del deudor*”, no siendo necesario que éste se encuentre en mora, sino que es suficiente haber incumplido la obligación en los términos y condiciones iniciales; (ii) El elemento cuantitativo está referido al número de obligaciones insatisfechas, que para el caso previsto deben ser dos o más a favor de dos o más acreedores; (iii) El tercer elemento guarda estrecha relación con el aspecto temporal, el cual se encuentra limitado a un término mínimo de 90 días y; (iv) El cuarto comprende el aspecto económico, donde el valor de las acreencias incumplidas debe ser por lo menos equivalente al 10% del pasivo del deudor¹⁰⁰.

(ii) Por otro lado, se encuentra el segundo supuesto denominado incapacidad de pago inminente, hipótesis de carácter genérica y novedosa en el instituto concursal

mecanismos concursales se presenta por problemas de liquidez, que en términos generales se traducen en la imposibilidad para el deudor de atender sus compromisos como la debilidad en su flujo de caja o la no disponibilidad de recursos en el activo corriente (...) Rodríguez, Juan José. Régimen de insolvencia de persona natural no comerciante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2015. Pág. 193.

⁹⁹ “(...) La cesación de pagos, entendida casi siempre en todas las legislaciones como sinónimo de insolvencia constituyó hasta comienzo de las reformas que en serie se sucedieron a comienzo de siglo el presupuesto material de los procedimientos concursales. Sin embargo, la insatisfacción de los resultados económicos fue atribuida a que tal presupuesto, constituido en condicionamiento para el inicio de la protección legal referida al concurso preventivo resultaba tardía y la anticipación apareció como necesaria (...)”. Dasso, Ariel. Tendencias actuales de Derecho Concursal, Revista: Estudios de Derecho Empresario, Volumen 6 (en línea) 2015 (Fecha de consulta 9 de octubre). Pág. 173. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/13014/13232>.

¹⁰⁰ Rodríguez, Juan José. Régimen de insolvencia de persona natural no comerciante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2015. Pág. 196

y que hace referencia a la posibilidad que tiene el deudor de acreditar la existencia de circunstancias externas que afecten o puedan llegar a incidir de forma grave en el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

Del particular se desprende que este supuesto además de caracterizarse por ser genérico y amplio, permite que el deudor llegue al concurso de manera anticipada, es decir, antes de que realmente se encuentre en una situación de crisis patrimonial irreversible donde la única opción restante es su liquidación. En ese sentido, este presupuesto brinda al deudor la posibilidad de ingresar al concurso sin necesidad de encontrarse en un estado crítico de cesación de pagos.

En este punto es dable destacar la intención loable del legislador para incentivar a los empresarios a ingresar al concurso a tiempo, donde sus posibilidades de recuperación son muchas más amplias. No obstante ello, se destaca la falencia en la técnica legislativa, pues incluye calificativos que dejan a discreción amplia del juez del concurso el ingreso o no del deudor al proceso, como es la expresión “grave” contenida en el enunciado de la disposición.

Sentadas las anteriores premisas, se tiene que la insuficiencia patrimonial es el fundamento de la insolvencia y al ser ésta objeto de regulación por parte del Estatuto concursal, el último propende por diseminar la crisis. Para ello toma como derroteros tres finalidades: Protección del crédito, protección de la empresa y protección de los trabajadores, las cuales se pretenden alcanzar con la regulación dispuesta en aquel. Así las cosas, estas finalidades marcan lo que será el contenido de las normas concursales y en razón a ello se ve en la necesidad de comentar cada una de estas.

1.2. Finalidades del régimen de insolvencia empresarial.

El régimen de insolvencia empresarial regulado en la Ley 1116 de 2006 se encuentra estructurado con miras a cumplir tres finalidades y en razón a ello, las

normas dispuestas en el Estatuto concursal están fundamentadas en la protección del crédito, de la empresa y de los trabajadores¹⁰¹.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, finalidad es el por qué se hace algo¹⁰² y en ese sentido, si se abstrae tal definición al Derecho concursal, se tiene que el por qué de esta disciplina se encuentra regulado en el artículo primero del Estatuto concursal, el cual resalta la necesidad de proteger el crédito, la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo¹⁰³. Para ello, mediante los procesos de reorganización y de liquidación judicial se pretende dar alcance a esas finalidades, teniendo presente el criterio de agregación de valor¹⁰⁴.

¹⁰¹ “La ley 1116 de 2006 regula el Régimen de Insolvencia Empresarial, que en términos generales corresponde a una estrategia –legítima- de intervención del Estado en la economía, diseñada con varios objetivos: velar por la protección del crédito, recuperar y conservar la empresa como unidad de explotación económica y fuente de empleo, normalizar las relaciones comerciales y, de ser necesario, asegurar la liquidación pronta y ordenada protegiendo la buena fe en las relaciones comerciales y sancionando conductas contrarias a ella” Corte Constitucional, sentencia C-527 del 8 de febrero de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

¹⁰² “Fin con que o por que se hace algo” Para mayor información véase en: <http://dle.rae.es/?id=Hxlm0Nf>. (Última fecha de revisión: 10 de octubre de 2018).

¹⁰³ “La Ley 1116 de 2006 estableció el Régimen de Insolvencia Empresarial, el cual tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, liquidación pronta y ordenada, y además protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales a través de los procesos de reorganización y liquidación judicial.” Corte Constitucional, sentencia C-620 del 9 de agosto de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁰⁴ “**ARTÍCULO 1o. FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA.** El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.
El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

Son tres las finalidades: (i) Protección del crédito; (ii) Protección de la empresa y; (iii) Protección del trabajador¹⁰⁵. Aquellas se enmarcan dentro de los procesos de reorganización y liquidación judicial, que a juicio del legislador, el primero pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos y; el segundo persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. En ese sentido, el legislador pretendió circunscribir la materialización de estas finalidades a los anteriores procesos y en esa medida, sus normas se inclinarán por protegerlas.

Frente a esas finalidades es menester realizar las siguientes precisiones:

(i) La primera está relacionada con la necesidad de proteger el crédito en la crisis patrimonial. En ese sentido, se debe tomar como punto de partida la confianza que deposita el acreedor en el deudor. Esta confianza es la que genera dinamismo en las relaciones comerciales y por ende surge la necesidad de protegerla, pues ésta es el germen del crédito.

En el curso normal de las cosas, el acreedor espera que el deudor cumpla, no obstante y como se ha aludido a lo largo de este texto, el deudor en insolvencia

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias”.

Para mayor información ver: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html. (Última fecha de revisión: 10 de octubre de 2018).

¹⁰⁵ “La ley consagra una finalidad tripartita para los procedimientos concursales: la protección del crédito, de la empresa y del empleo.” Rodríguez, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 33

incumple más de una obligación, situación que incide de manera directa en la confianza de sus acreedores. En ese sentido, el ordenamiento jurídico debe procurar por proteger el crédito, más aún si en presencia de este escenario, pues es imperioso reivindicar esa confianza depositada.

Como consecuencia de la concurrencia de múltiples acreedores al proceso concursal, el crédito dejó de ser un fenómeno relacionado con la confianza individual que depositó el acreedor y paso a concebirse como un fenómeno con incidencia social que se ve lesionado por la insuficiencia patrimonial del deudor¹⁰⁶. El incumplimiento pluralizado de obligaciones incide de manera directa en las relaciones económicas y por tanto, es necesario que el ordenamiento jurídico intervenga protegiendo el crédito, pues solo así se mantendrá la confianza de los empresarios en el mercado.

(ii) La segunda finalidad está relacionada con la protección de la empresa, procurando su recuperación y conservación como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. La misma cuenta con protección constitucional¹⁰⁷ y

¹⁰⁶ *“El objeto-fin del derecho concursal es la tutela del crédito, entendido este no como la confianza individual en el cumplimiento de las obligaciones, sino como un dato de la realidad social que la insuficiencia patrimonial lesiona, provocando un conflicto que trasciende a la suma de las vías individuales y se transforma en uno general que comprende a todos aquellos alcanzados por el vínculo obligacional y a muchos otros ajenos a él”*. Garaguso, Horacio Pablo. Fundamentos de Derecho Concursal. AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 2001. Pág. 44.

¹⁰⁷ **“ARTICULO 333.** *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Véase en:

partir de ahí se considera como un instituto merecedor de amparo jurídico por parte del ordenamiento, pues gracias a esta se satisfacen muchas de las finalidades constitucionales, entre las que se destaca la generación de empleo, aspecto que se abordará líneas adelante.

El derecho concursal además de propender por la satisfacción de las acreencias insatisfechas tiene entre sus finalidades la protección de la empresa. Esta última se materializa a través de múltiples herramientas que propenden por la recuperación de ésta¹⁰⁸; dicho en otras palabras, las normas dispuestas en el Régimen concursal están dirigidas a que la empresa en un primer momento tenga la oportunidad de recuperarse de la crisis económica, sin necesidad de acudir directamente a la liquidación judicial, pues el propósito del ordenamiento es mantener esa fuente de empleo¹⁰⁹.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#333. (Última fecha de revisión: 10 de octubre de 2018).

¹⁰⁸ *“Acerca de la importancia de este nuevo estatuto la Corte ha reconocido que la legislación de insolvencia, especialmente la desarrollada en la ley 1116 de 2006, “ha pasado de ser un mero instrumento para el pago ordenado de los pasivos del deudor a convertirse en una herramienta para la protección de la empresa que se encuentra en una situación de insolvencia y que busca su preservación, permitiéndole continuar con el ejercicio de sus actividades económicas”.* Corte Constitucional, sentencia C – 527 del 14 de agosto de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

¹⁰⁹ *“Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afujías económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad”* Corte Constitucional, sentencia C-620 del 9 de agosto 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

La empresa tiene dos connotaciones, ambas a juicio del autor protegidas por el ordenamiento jurídico y que hacen referencia a: (i) Primero, como un fenómeno con incidencia social, entendido bajo una expresión genérica y que se encarga de servirse como fuente generadora de empleo y vehículo de las relaciones comerciales y; (ii) En segundo lugar como una actividad, que bajo el criterio del legislador dispuesto en el artículo 25 del Código de Comercio, debe entenderse como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios¹¹⁰.

Ambas concepciones, no excluyentes sino complementarias se encuentran protegidas por el Régimen concursal no sólo por consagrarse como finalidades, sino porque ostentan herramientas que hacen que sus normas propendan por su protección, verbigracia, el proceso de reorganización es la herramienta por excelencia que pretende la recuperación de la empresa, eso sí bajo parámetros establecidos por la norma y que se limitan a la preservación de empresas viables. De este calificativo se infiere que si bien todas las empresas tienen el derecho de solicitar su admisión al régimen concursal, no todas tendrán la posibilidad de superar un proceso de reorganización, sino únicamente aquellas que bajo el criterio del legislador sean viables, calificativo que si bien no se encuentra definido por la ley se encuentra enmarcado en el contenido de las normas del Estatuto.

Del mismo modo, se destaca la importancia del criterio de agregación de valor que se sirve como parámetro orientador para los procesos de reorganización y liquidación. Este criterio derivado e incorporado a nuestro ordenamiento de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI, procura obtener la maximización de los bienes del deudor con miras a beneficiar en mayor medida a los diferentes actores que intervienen en el concurso, entre estos los

¹¹⁰ Artículo 25 del Código de Comercio, para mayor información véase en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

acreedores¹¹¹. Un ejemplo ilustra lo que se quiere decir: en el proceso de liquidación judicial debe darse prevalencia a la venta en bloque de los activos con miras a obtener un mayor beneficio económico para los acreedores y no desmantelar en su totalidad a la empresa.

(iii) La tercera finalidad está relacionada con la protección del empleo. Sobre el particular es dable precisar que el trabajo es un insumo de especial protección constitucional, se encuentra consagrado como un derecho fundamental y mandato de optimización constitucional. En ese sentido, el ordenamiento en términos generales protege el trabajo y al trabajador en todos los escenarios en los que se desenvuelve.

En el Derecho concursal el trabajador es un sujeto de especial protección por mandato directo de la Constitución política y en ese sentido tiene estrecha relación con la empresa, pues la última al ser una fuente generadora de empleo nutre el cumplimiento de uno de los lineamientos constitucionales del ordenamiento jurídico. Así, las normas concursales están encaminadas a brindar garantías al trabajador o en su defecto a brindarle un tratamiento especial, verbigracia la prelación que ostentan en el Régimen concursal, pues tienen preferencia sobre las demás acreencias y en ese sentido su satisfacción prima ante las demás.

Las anteriores finalidades encuentran su materialización y expresión en los principios rectores del régimen concursal y de ahí que su estudio sea necesario para aterrizar a la responsabilidad patrimonial del deudor en la insolvencia, pues se

¹¹¹ *“En el procedimiento de insolvencia debe darse a los participantes un fuerte incentivo para obtener el máximo valor posible de los bienes, ya que eso servirá para aumentar la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y reducir la carga de la insolvencia. Este objetivo se suele lograr distribuyendo de forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en el procedimiento de insolvencia”* Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia. Para mayor información véase en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf. (Última fecha de revisión: 10 de octubre de 2018).

sirven como parámetros orientadores y estructuran el derrotero de la responsabilidad del deudor en este escenario.

Capítulo 2. Principios rectores de la responsabilidad del deudor en la insolvencia

Se mencionó que son tres las finalidades que orientan el régimen concursal colombiano y que encuentran su desarrollo a lo largo del texto normativo, pues tal regulación está orientada a proteger el crédito, la empresa y a los trabajadores. Para efectos de este texto, se prestará especial atención a la protección del crédito, pues esta finalidad está estrechamente relacionada con los acreedores y con la responsabilidad del deudor. Las tres finalidades se expresan a través de los principios rectores del derecho concursal; estos mandatos de optimización marcan el derrotero en virtud del cual se va a orientar el régimen concursal y se van a materializar las protecciones ya enunciadas, de ahí que la importancia de estos se ve reflejada en una interpretación sistemática de las concursales junto con los principios rectores del mismo, pues son los parámetros orientadores de este régimen.

El artículo 4 de la Ley 1116 del 2006 dispone que el régimen de insolvencia está orientado por los principios de universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica¹¹². Cada uno de estos se

¹¹² **“ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA.** El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios:

1. *Universalidad: La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.*
2. *Igualdad: Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.*
3. *Eficiencia: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible.*
4. *Información: En virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso.*

traduce en manifestaciones expresas de las normas y buscan alcanzar las finalidades ya expuestas. Su aplicación implica estudiarlos de forma conjunta, pues se encuentran relacionados entre sí, no obstante ello, doctrinariamente se ha destacado que hay unos principios más importantes que otros, como son el de universalidad y el de igualdad¹¹³.

Los anteriores principios, además de servirse como la columna vertebral del Derecho concursal, guardan estrecha relación con la responsabilidad patrimonial del deudor y la protección del crédito, pues estos son los parámetros bajo los cuales se va a edificar la responsabilidad patrimonial de éste y se va a proteger a los acreedores en el derecho concursal.

En razón a lo anterior, se ve la necesidad de estudiar aquellos principios, pues a partir de estos se estructura la responsabilidad del deudor en el concurso, temática objeto del presente título.

2.1. Principio de universalidad

El artículo cuarto señala que el principio de universalidad hace referencia a que la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. Dicho en otras palabras, el principio

5. Negociabilidad: Las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor.

6. Reciprocidad: Reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza”.

7. Gobernabilidad económica: Obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial.

¹¹³ “(...) Los principios más importantes de los procesos concursales son el de universalidad e igualdad entre acreedores, también conocido como *par conditio omnium creditorum* (...)”. Para mayor información véase en: Corte Constitucional, Sentencia T – 079 del 11 de febrero de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

de universalidad es aquel mandato en virtud del cual se prescribe la inclusión de todos los bienes del deudor y se vincula a todos sus acreedores al proceso concursal. El patrimonio del deudor es uno solo y por tanto el derecho concursal al regular la crisis patrimonial integra en su totalidad a este, pues acapara a todos sus activos y vincula a todos sus acreedores¹¹⁴

A partir de lo prescrito en la norma, se entiende que aquel está integrado por dos facetas o vertientes independientes, pero estrechamente ligadas entre sí¹¹⁵. Por un lado está la esfera objetiva del principio de universalidad y está referida a la inclusión de todos los bienes del deudor sin distinción alguna entre su naturaleza, pues se incluyen tanto los destinados al ejercicio de la actividad comercial, como aquellos extraños al mismo¹¹⁶.

¹¹⁴ “(...) el patrimonio de la empresa quebrada es *7*uno, y deberá someterse, en su integridad, al proceso de quiebra. Por una parte, deberán ser aprehendidos todos los bienes integrantes del activo patrimonial, y por otra, deberá acudir al proceso la totalidad de los acreedores.” Ahumada Cervantes, Raúl. Derecho de Quiebras. Editorial Herrero S.A. México D.F, 1970. Pág. 31

¹¹⁵ “(...) La ley fusiona en un solo numeral las dos especies o clases de universalidad, es decir, la universalidad objetiva, referida a la afectación de todos los activos que conforman el patrimonio del deudor concursado, como derivación de la prenda general de acreedores, y la subjetiva, conocida como colectividad plenitud, en virtud de la cual todos los acreedores del deudor concursado quedan vinculados al proceso de insolvencia (...)”. Rodríguez Espitia, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 68.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Sociedades, en Auto 400 – 010679 del 13 de agosto de 2015 sostuvo que “(...) El proceso de liquidación judicial se rige por el principio de universalidad. Contemplado en el numeral 1 del artículo 4 de la ley 1116 de 2006, que tiene dos proyecciones, a saber, una objetiva y una subjetiva. La universalidad objetiva implica que todos los activos de la sociedad quedan vinculados al proceso desde su inicio, y subjetiva, que deben concurrir todos los acreedores del deudor (...)”.

¹¹⁶ “(...) el patrimonio en su totalidad se vincula a la satisfacción de los acreedores, sin distinción entre bienes destinados al ejercicio del comercio o bienes extraños al mismo (por ejemplo, bienes suntuarios, casas, quintas, etc.), o bien en el caso de existir pluralidad de empresa (...)” Confeti, Mario Alberto y Garrone, José Alberto. Concursos y Quiebras. Abeledo Perrot, tercera edición, Buenos Aires. Pág. 49.

El fundamento legal de este principio encuentra asidero en el ya estudiado artículo 2488 del Código Civil¹¹⁷ que prescribe como garantía general de los acreedores la totalidad del patrimonio del deudor¹¹⁸ y en ese sentido, la aplicación de esta norma en el régimen concursal se ve reflejada en el principio de universalidad objetiva. Al interpretar sistemáticamente el aludido principio y la regla civil, se tiene entonces que el patrimonio del deudor estará conformado por todos sus activos presentes y futuros con miras a la satisfacción de las acreencias insatisfechas por éste¹¹⁹.

“(...) quedan incluidos, como principio general, la totalidad de los bienes integrantes del patrimonio del deudor cesante, salvo las exclusiones expresamente establecidas por la ley” Argeri, Saúl A. Manual de concursos. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983. Pág. 13

¹¹⁷ *“En virtud del principio de universalidad objetiva es el patrimonio del deudor el que se encuentra resguardado dentro del concurso y el que sirve de garantía a todos sus acreedores. Este principio es una clara manifestación del artículo 2488 del C.C. (...) Si el concurso involucra todos los acreedores del deudor y éstos por consiguiente, pierden el derecho de ejecución individual o separada (art. 545 C.G.P), en contraprestación cuentan con un respaldo consistente en que todo el patrimonio del deudor, y no una parte de él, está comprometido, involucrado y resguardado.”* Rodríguez, Juan José. Régimen de insolvencia de persona natural no comerciante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2015. Pág. 119

¹¹⁸ *“El patrimonio, como garantía genérica de los acreedores, constituye el asiento de la responsabilidad económica y jurídica, para el ejercicio de los derechos de aquellos. Se sostiene que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, expresión que carece de rigor técnico pero que evidencia y expone entre este - el patrimonio - su titular - el deudor - y las obligaciones contraídas ante aquellos - los acreedores -; materializa dos términos de una ecuación: responsabilidad obligaciones, responsabilidad patrimonial”.* Garaguso, Horacio Pablo. Fundamentos de Derecho Concursal. AdHoc. Buenos Aires, Argentina, 2001. Pág. 135

¹¹⁹ *“(...) la totalidad es la circunstancia que se predica de los activos que forman parte del patrimonio del deudor (universalidad objetiva), entendiéndolos como bienes presentes y futuros, previa ratificación efectuada con el objeto de que sean de conocimiento de los acreedores y con la posibilidad de cuestionar los actos ejecutados en el periodo de sospecha (...)”* Cubillos Garzón, Camilo E. La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2016. Pág. 164 y 165

Por otro lado, se encuentra la esfera subjetiva del principio de universalidad y hace referencia al llamado que hace la Ley a todos los acreedores del deudor concursado para que estos se hagan parte en el proceso adelantado. La universalidad subjetiva pregona la vinculación de todos los acreedores del deudor al proceso de insolvencia, con miras a que dentro de este se logre llegar a un acuerdo donde se pacte la satisfacción de las obligaciones insatisfechas de manera íntegra y ordenada¹²⁰.

Esta esfera implica que todos los acreedores están llamados a vincularse al proceso concursal y que por tanto lo que se decida en éste involucra a todos ellos. En ese sentido, el efecto principal de este llamado se traduce en que lo pactado en el concurso vincula tanto a los acreedores presentes, ausentes y disidentes, es decir que los efectos del concurso son erga omnes y por tanto la no presentación de éstos al proceso no interfiere en nada en cuanto a la continuidad del mismo. A contrario sensu se pueden generar efectos adversos a los acreedores que no se presentaron, pues existe la posibilidad de que sus acreencias no hayan sido reconocidas en el proceso y por tanto su exigibilidad se diferiría hasta que finalice el proceso recuperatorio o en su defecto, si es un proceso liquidatorio, la misma perdería su carácter de exigible.

¹²⁰ “(...) los procesos concursales suponen el llamamiento a todos y cada uno de los acreedores del deudor concursado, para que concurran al proceso a fin de diseñar con el deudor las reglas que le permitan atender las obligaciones a su cargo y en consecuencia superar las dificultades por las cuales atraviesa la empresa cuando se trata de un concordato, o, establecer de manera precisa la existencia, cuantía y naturaleza de las obligaciones para que con la realización de todos los bienes que conforman la “masa concursal”, se atiendan las obligaciones a su cargo, respetando los privilegios y preferencias consagrados en la ley, cuando se trate de una liquidación obligatoria” Rodríguez, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 83

Así las cosas, el Derecho concursal hace un llamado a todos los acreedores para que trabajen en conjunto con miras a la satisfacción total de sus acreencias y en ese sentido “*subordinen sus pretensiones individuales a los intereses conjuntos de la masa colectiva, cuya voluntad ha de ser la de la mayoría de ellos*”¹²¹, pues en este caso, la masa patrimonial se convierte en una comunidad de intereses colectivos, fundada sobre la similitud de riesgos que deben soportar los acreedores de un mismo deudor¹²².

Las dos esferas de este principio procuran la satisfacción del crédito, el cumplimiento de los derechos de los acreedores frente a una situación patrimonial crítica y en ese sentido, para alcanzar tales finalidades se hace imperioso la confluencia de la totalidad de los acreedores junto con la totalidad de la masa activa del deudor.

2.2. Principio de igualdad – *par conditio creditorum*

El segundo mandato rector es el principio de igualdad contenido en el artículo cuarto numeral segundo, que dispone un tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos¹²³. Este principio también conocido como “*par conditio omnium*

¹²¹ Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo. El Derecho de quiebras, Tomo 1. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2011. Pág. 28.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ “*El principio par conditio creditorum, surge de afirmar que “la justicia conmutativa propia de las relaciones sinalagmáticas es sustituida por la justicia distributiva que caracteriza a los procesos universales (...)”*. El autor cita a: Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos., Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002. Pág. 22 en: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Emilio Beltrán, *Perspectivas de la par conditio creditorum en el proceso concursal actual*, Vargas Ramos, Armando. 9 Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, 2014, Pág. 136

creditorum” propende por el trato equitativo e igualitario a los acreedores que concurren al proceso¹²⁴.

Como se aludió en líneas anteriores los acreedores ven truncada su expectativa de cumplimiento y en razón a ello, deben soportar pérdidas consecuentes con la insolvencia del deudor¹²⁵, de ahí que lo más lógico es que tales pérdidas sean padecidas de manera equitativa por los acreedores¹²⁶.

No obstante ello, de la regla dispuesta en el Estatuto concursal se deriva que este tratamiento igualitario a los acreedores tiene unas salvedades en la Ley que hace que su aplicación se material y no formal. Dicho esto en otras palabras, el principio

¹²⁴ “La igualdad de los acreedores o par condicio omnium creditorum implica darles a todos un trato igual dentro del proceso, para lo cual todos los acreedores, sin distinción alguna, deben concurrir al proceso en igualdad de condiciones, despojándose de las acciones individuales propias, para entrar en concurrencia con todos los otros acreedores, respetando las prelaciones de ley”. Superintendencia de Sociedades: Auto 405-007244 del 10 de junio de 2008.

¹²⁵ “Como señala Satta, en el proceso concursal existe una solidaridad de pérdidas entre los acreedores, cualquiera que sea su clase, grado o monto”. Escuti, Ignacio y Junyent Bas, Francisco. Derecho Concursal. ASTREA, 2006. Buenos Aires, Argentina, Pág. 73.

¹²⁶ “Con la apertura de un concurso los acreedores se sitúan en un esquema de comunidad de suerte, pues la satisfacción de las acreencias va a depender de su desarrollo; ellos no gozan de otro respaldo que la masa. Sea que el juicio concursal tienda a la recomposición del pasivo del deudor, mediante un acuerdo con sus acreedores, o a la liquidación de su patrimonio para pagar sus obligaciones, lo cierto es que los acreedores deben sufrir alguna pérdida, y lo más razonable es que la soporten equitativamente, en proporción a sus respectivos créditos

(...)

Este principio es el más afín con la concursabilidad, entre otras razones porque hay pluralidad de acreedores y por ende de sujetos intervinientes, lo que se traduce en que todos deben concurrir al proceso, todos son llamados, y sin perjuicio de la prelación legal las condiciones para la satisfacción de las obligaciones deben ser iguales para todos los de una misma clase, entre otras expresiones.”. Rodríguez Espitia, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 69 y 70

de igualdad concursal se ve matizado con la aplicación de la prelación legal de créditos ya aludida en líneas anteriores, e implica que este principio debe respetar las diferentes clases y niveles de los créditos establecidos en el Código Civil.

En ese sentido, la igualdad de los acreedores se predica de aquellos que pertenecen a un mismo grado dentro de una misma clase¹²⁷ y por tanto la aplicación de esta máxima se desenvuelve horizontalmente y no verticalmente, pues como se precisó en líneas atrás, son varias las clases de acreedores, algunas con privilegios y otras no, de ahí que el Estatuto concursal propende por la igualdad de acreedores de la misma clase, respetando la prelación legal. Un ejemplo ilustra lo anterior: partiendo del hecho de que el principio de igualdad de los acreedores se predica de aquellos que se encuentran en una misma clase y que el mismo respeta la prelación legal, no es posible satisfacer un crédito quirografario antes que un crédito hipotecario, pues el último ostenta una mejor prelación legal y, por tanto, tiene preferencia en su pago¹²⁸.

Así, en virtud del cumplimiento del aludido mandato, el procedimiento concursal propende por el pago ordenado de las acreencias respetando la prelación de créditos, procurando una solución beneficiosa para todos los acreedores, limitando la posibilidad de que estos coaccionen individualmente al deudor¹²⁹ y por tanto

¹²⁷ *“La quiebra incluye todos los bienes del patrimonio del deudor y comprende al mismo tiempo a la totalidad de sus acreedores, cuyo es el principio de la universalidad que singulariza a su regulación, postulado que se conjuga, como está dicho, con el comunicado imperativo de velar por el derecho de los acreedores de quedar regidos por la máxima de la par conducto creditorum, esto es, cautelar la protección por igual de todos los créditos que concurren al reparto del producto de la realización del activo, siguiendo la regla del artículo 2469 del código civil”.* Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo. El Derecho de quiebras, Tomo 1. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2011. Pág. 27

¹²⁸ Rodríguez Espitia, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 70.

¹²⁹ *“(…) no les es permitido a los acreedores adelantar procesos ejecutivos. {...} Las reglas que se comentan comportan necesariamente un reconocimiento del carácter universal del concurso y por lo tanto impiden al acreedor el ejercicio de derechos que en la vida normal*

concurran todos a un mismo proceso que brinda un tratamiento equitativo a todos¹³⁰, no sólo en el pago de sus acreencias, sino también en el reparto de las pérdidas que implica el concurso¹³¹.

Así, la simbiosis de estas máximas permite la protección del crédito, el pago ordenado de las acreencias y la satisfacción de los intereses de los acreedores, de ahí que estos están estrechamente relacionados con la responsabilidad patrimonial del deudor tal y como se pasará a exponer a continuación.

Capítulo 3. Particularidades sobre la responsabilidad patrimonial del deudor concursado

Repetitivamente se ha aludido que la responsabilidad del deudor en la insolvencia es patrimonial, tal y como está dispuesto en términos generales para el régimen civil y comercial, situación que no transmuta en la insolvencia. No obstante, en este

de una compañía la ley le otorga, como sucede tratándose del derecho a la ejecución singular del deudor". Rodríguez, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 84 y 85.

¹³⁰ "(...) la igualdad entre los acreedores es un principio estructural del régimen de insolvencia (Artículo 4, numeral 2, Ley 1116), que en procura de lograr una solución beneficiosa para todos aquellos que puedan ver en riesgo sus créditos, elimina las ventajas que puedan poner en detrimento los derechos de unos frente a otros, con la sola diferencia que surge de la naturaleza de los créditos y que se traduce en las reglas de prevalencia en el orden de pago." Corte Constitucional, Sentencia C-006 del 14 de febrero de 2018, Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger

¹³¹ "(...) el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum–". Corte Constitucional, sentencia C-527 de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

escenario aquella guarda algunas particularidades merecedoras de precisión, tal y como se expondrá a continuación.

3.1. Pilares de la responsabilidad patrimonial del deudor

La responsabilidad patrimonial del deudor en la insolvencia está fundamentada en cuatro pilares a saber:

(i) Es una derivación de la máxima consagrada en el artículo 2488 del Código Civil.

El deudor organizado profesionalmente conocido también como empresario, tiene la obligación de honrar su palabra, consumir los compromisos asumidos y en caso de incumplimiento, responder con todo su patrimonio por las obligaciones insatisfechas, junto con los perjuicios y daños que pudo ocasionar. En un escenario de insolvencia esta responsabilidad se mantiene indemne, pues sigue garantizando con todo su patrimonio el cumplimiento de sus obligaciones y por ello se conserva la responsabilidad ilimitada del deudor.

La insolvencia denota insuficiencia patrimonial para atender a tiempo las obligaciones y por ello el deudor urge del régimen concursal para satisfacer en la medida de lo posible aquellas, de organizarse nuevamente si es viable o en su defecto liquidarse, todo con miras a darle alcance al cumplimiento de sus obligaciones. La insolvencia es un estado excepcional. En el curso normal de las cosas, se espera que el deudor esté en capacidad de atender todas sus obligaciones en las condiciones y términos inicialmente pactados. Sin perjuicio de ello y en el supuesto en el que no se logre ese propósito, se recurre al régimen concursal para hacer un llamado a todos los acreedores insatisfechos para atenderlos en la mayor medida de lo posible. Esto implica la concurrencia de múltiples acreedores con un propósito en común: satisfacer sus acreencias.

En ese sentido, el deudor en este estado patológico sigue conservando la obligación de responder con todo su patrimonio, solo que en este caso se está en presencia de la concurrencia de múltiples acreedores, de finalidades específicas del régimen y tratamientos especiales con miras a dar cumplimiento a sus compromisos. Esta responsabilidad se deriva de la aplicación del artículo 2488 del Código Civil y por tanto la misma se sirve como el fundamento para consagrar la obligación de responder por sus deudas con todo su patrimonio.

(ii) La responsabilidad patrimonial del deudor es una derivación de la protección de crédito.

El régimen concursal protege el crédito, entendido éste como un fenómeno de incidencia social en el cual se comprometen las relaciones económicas, la confianza en el mercado y por tanto la estabilidad del ordenamiento jurídico. En ese sentido, como derivación a esta protección se tiene que el deudor debe responder patrimonialmente por sus obligaciones, debe honrar sus compromisos, mantener su pundonor y cumplir sus obligaciones.

Por su parte, el ordenamiento jurídico debe brindarle al acreedor confianza y garantías para que éste siga realizando sus actividades económicas. De esta forma, los acreedores deben encontrar en este régimen un mecanismo adecuado e idóneo para el cumplimiento de sus acreencias, pues de no ser posible esto, se estaría en una grave perturbación al sistema económico, afectando seriamente la fe depositada y la credibilidad de los intervinientes en el escenario de los negocios, pilares básicos que merecen protección y que conforman el orden público económico¹³². Por ello, es indispensable que se consagre la responsabilidad patrimonial del deudor y en ese sentido la misma encuentra fundamento en la necesidad de proteger el crédito.

¹³² Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo. El Derecho de quiebras, Tomo 1. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2011. Pág. 33.

(iii) La responsabilidad patrimonial del deudor guarda estrecha conexidad con el principio de universalidad.

Se mencionó que el principio de universalidad propende por hacer un llamado a todos los acreedores para que participen en el proceso concursal y que obren en el mismo la totalidad de los activos del deudor concursado¹³³. Esta máxima se sirve como fundamento para derivar la responsabilidad patrimonial del deudor, puesto que pretende aglomerar en un mismo proceso a todos los acreedores de un empresario y la totalidad de sus bienes para con ello idear la forma de cumplimiento de sus obligaciones de manera ordenada y en respeto de las disposiciones legales.

En ese sentido, existe una estrecha relación entre el principio de universalidad y la responsabilidad patrimonial, pues el primero es el marco en virtud del cual se va a desenvolver aquella. Como se dispuso el escenario de responsabilidad del deudor implica la participación de todos sus acreedores y la afectación de todos sus activos, dejando de un lado la ejecución individual que tienen cada uno de estos para traspasarse a una ejecución colectiva¹³⁴ donde todos se deben someter a las reglas dispuestas en el Régimen concursal, verbigracia, la imposibilidad de adelantar acciones ejecutivas por fuera del concurso, ejecutar bienes gravados con garantías hipotecarias o prendarias, entre otros, pues para efectos de este escenario, se debe respetar la normatividad aplicable la cual es de orden público y se reviste del carácter de especial.

¹³³ Ahumada Cervantes, Raúl. Derecho de Quiebras. Editorial Herrero S.A. México D.F, 1970. Pág. 31.

¹³⁴ “(...) la expresión característica de la sujeción de los bienes a la sujeción colectiva es, como hemos visto, la pérdida de la administración y de la disponibilidad de los bienes mismo por parte del deudor. El fenómeno que en la ejecución singular se manifiesta para el bien singular, en la quiebra se extiende a todo el patrimonio del deudor; y la consecuencia es que él no puede en lo sucesivo vincular este patrimonio con nuevas obligaciones” Satta, Salvatore. Instituciones del Derecho de Quiebra, ediciones jurídicas Europa - América Buenos Aires, Argentina. 1951. Pág. 175.

La ejecución colectiva es la consecuencia jurídica de la admisión al proceso concursal y en ese sentido se caracteriza por: (i) Su fuente es la insolvencia, la crisis patrimonial y por ende la insuficiencia patrimonial; (ii) Implica el respeto de las disposiciones legales referidas a la prelación de créditos y a la *par conditio creditorum* y; (iii) Entraña la imposibilidad de adelantar acciones ejecutivas individuales y por tanto el sometimiento de todos a las reglas convenidas en éste régimen¹³⁵.

(iv) La par conditio creditorum marca el derrotero de la responsabilidad patrimonial del deudor en cuanto al tratamiento de sus acreedores.

El principio de igualdad de trato de los acreedores o también llamado *par conditio creditorum* incide de manera directa en la forma en cómo se van atender las obligaciones del deudor, pues prescribe un tratamiento equitativo entre todos sus acreedores.

Se aludió que el principio de igualdad tiene aplicación vertical como consecuencia del respeto de la prelación legal de créditos y en ese sentido se predica un trato igualitario a todos los acreedores de una misma clase y prelación legal. Por un lado, el deudor responde con todo su patrimonio y por otro, el régimen concursal dictamina un trato igualitario a todos sus acreedores. La simbiosis de estos dos factores implica que el deudor responderá por sus obligaciones atendiendo la prelación legal de créditos. Dicho en otras palabras, el pago ordenado de aquellas

¹³⁵ “(...) Ejecución colectiva: se caracteriza por: 1) su inicio tiene por fuente la existencia del estado de cesación de pagos. 2) todos los acreedores quedan sujetos a la regla de la igualdad (*pars conditio creditorum*); 3) además de las acciones de derecho común contra actos lesivos al principio de responsabilidad hacia los acreedores, el ordenamiento otorga también acciones especiales como la acción revocatoria concursal; 4) el fallido queda desapoderado de sus bienes; 5) el proceso es de naturaleza publicística; 6) queda afectado el interés del comercio y de la economía crediticia (...)” Argeri, Saúl A. Manual de concursos. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983. Pág. 12

tendrá como punto de partida las acreencias de primer grado de prelación, luego las de segundo grado y así descendientemente hasta agotar los activos del deudor.

3.2. Acciones, herramientas y mecanismos para hacer valer la responsabilidad del deudor.

Los acreedores además de apoyarse en las disposiciones axiológicas del régimen concursal para hacer valer la responsabilidad patrimonial del deudor, cuentan con una multiplicidad de acciones, herramientas y mecanismos para satisfacer sus obligaciones. En ese sentido, las normas están estructuradas para que el empresario en un primer momento procure su recuperación y para ello se ideó el proceso de reorganización, manifestación clara de la protección del crédito, de la empresa y de los trabajadores. Por otro lado, en caso de que el anterior procedimiento no sea viable, se previó un proceso terminal del empresario denominado liquidación judicial, el cual propende por el pago ordenado de las acreencias del deudor y la terminación de la vida jurídica de éste. Sumado a lo anterior, el Estatuto concursal incluyó acciones reintegradoras del patrimonio del deudor y de responsabilidad adicional.

De ahí que sea necesario realizar algunas precisiones sobre estos procedimientos y de las acciones contempladas en aquel con miras a que el lector se introduzca en lo que será objeto de estudio de los próximos títulos.

Así las cosas, al tomar como punto de partida el proceso de reorganización se tiene que éste pretende preservar a las empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias a través de la reestructuración operacional, administrativa, de activos y de pasivos.

Esta finalidad consagrada en el artículo primero del Estatuto concursal apunta a la satisfacción de las tres finalidades ya esbozadas en líneas anteriores, pues al ser un proceso recuperatorio, éste procura la conservación de la empresa, brinda una nueva oportunidad al deudor para que modere el cumplimiento de sus obligaciones

y en ese sentido, proteja el crédito y a sus trabajadores. Si se salvaguarda a la empresa la misma será fuente generadora de trabajo y de riqueza, lo cual lleva consigo la satisfacción de las acreencias, la protección del trabajador y la conservación de la empresa.

Ahora, el vehículo a través del cual se materializan aquellos propósitos es la celebración de un contrato plurilateral conocido bajo la jerga concursal como acuerdo de reorganización, en virtud del cual se conviene con el consentimiento mayoritario de los acreedores una nueva forma de cumplimiento de las obligaciones del deudor con diferentes condiciones, tasas de interés y términos disímiles para su cumplimiento. Este negocio jurídico brinda al deudor concursado una nueva oportunidad para continuar con sus negocios y a su vez atender las acreencias insatisfechas incidiendo de manera directa en la forma en cómo el deudor responderá por sus obligaciones.

Por otro lado, el proceso de liquidación judicial persigue el finiquito de la persona jurídica, la liquidación pronta y ordenada aprovechando en la mayor medida de lo posible el patrimonio del deudor. A diferencia del anterior proceso, en este caso estamos en presencia de un escenario terminal del deudor y en esa medida el objetivo de éste es atender las acreencias insatisfechas y dar por terminado la vida jurídica del empresario.

Si bien, en principio la anterior finalidad parecería ir en contra de la protección de la empresa, el Estatuto concursal ha dispuesto diferentes herramientas y criterios para atenderla en un escenario terminal. Un ejemplo ilustra lo anterior: como consecuencia del criterio de la venta en bloque del patrimonio del concursado, el liquidador de una sociedad logra vender la totalidad de sus activos a un solo empresario que realiza el mismo objeto jurídico de la sociedad concursada, para utilizarlos y aprovecharlos en su negocio. En ese sentido, si bien está culminando la vida jurídica de un empresario, con la venta en bloque de sus activos se está protegiendo a la empresa entendida como un instituto de incidencia social y a su

vez se está aprovechando tal circunstancia para satisfacer en mayor medida los intereses de los acreedores, pues por regla general es mucho más beneficioso brindarles liquidez al momento del cumplimiento de su crédito, que adjudicarles bienes, ya sean muebles o inmuebles, de los cuales no están interesados en tenerlos o no se les dará el uso para lo cual estaban destinados inicialmente, esto es, para materializar el objeto social del concursado.

Los anteriores principios son los mecanismos ideados por el Régimen concursal para atender la crisis del deudor, superar o terminar la insuficiencia patrimonial, cumplir las obligaciones insatisfechas y darle cumplimiento a la máxima referida a la responsabilidad patrimonial del deudor. Éstos son manifestaciones y vehículos para aterrizar a la vida práctica la responsabilidad patrimonial del deudor y la garantía que tienen los acreedores traducida en la masa activa del patrimonio de aquel.

Siguiendo la misma línea metodológica expuesta al inicio de éste acápite, al interior de los procesos enunciados se destaca la presencia de acciones encaminadas a reforzar la aludida responsabilidad, cumplir los principios estudiados y dar alcance a las finalidades expuestas. Algunas pretenden la reintegración de los bienes del deudor que están en manos de otros y así consolidar la masa activa, con miras a brindar un mayor margen de satisfacción de acreencias; otras encaminadas a extender la responsabilidad del deudor a otros sujetos – terceros de la relación contractual que de una u otra forma incidieron en la misma, obteniendo provecho alguno de ésta, realizando fraude, incumpliendo sus deberes o en su defecto actuando de mala fe.

Respecto de las primeras se encuentran las reguladas en los artículos 74 y 75 del Estatuto concursal, referidas a las acciones revocatorias y de simulación cuya naturaleza es reintegradora de la masa activa del deudor y propenden por materializar la universalidad objetiva, la protección del crédito y darle aplicación a la regla contentiva en el artículo 2488 del Código Civil. Las mismas incorporan un

régimen especial de acciones fundamentadas en la acción pauliana reglada en el ya citado Código Civil. Para efectos del objeto del texto se dejará de un lado el estudio minucioso de las mismas pues su alcance e incidencia en el Derecho concursal las hace merecedoras de un estudio profundo y enfático en éstas.

En cuanto a las segundas, concernientes a extender la responsabilidad del deudor concursado, se destacan las contentivas en los artículos 61 y 82 del Estatuto concursal.

La primera y objeto de estudio minucioso en próximas líneas corresponde a la extensión de responsabilidad subsidiaria a la sociedad matriz. Esta disposición se estudiará líneas adelante y por lo tanto no se ahondará en éste acápite.

En cuanto a la acción contemplada en el artículo 82 cabe decir que la misma tiene por objeto declarar la responsabilidad de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados. Disposición que carece de técnica legislativa pero no por ello deja de ser importante, razón por la cual merece un estudio detallado y por tanto no es objeto del presente texto, no obstante se sirven para demostrar que la premisa consagrada en el artículo 2488 del Código Civil y abstraída al Régimen de insolvencia encuentra expresiones y reglas dirigidas a materializar aquella máxima, como son las ya enunciadas.

Así las cosas y a manera de conclusión se tiene que la responsabilidad del deudor en la insolvencia es patrimonial, se fundamenta en la protección del crédito, en los principios de universalidad y de igualdad y en ese sentido, el Régimen concursal propende por su materialización.

A lo largo del texto normativo se encuentran mecanismos, procesos, acciones y en general herramientas que se aglomeran en la máxima dispuesta en el artículo 2488 del Código Civil. En ese sentido, dentro de las múltiples acciones se destaca la relevancia de la dispuesta en el artículo 61 y que se refiere a la responsabilidad

subsidiaria de la matriz por las obligaciones insatisfechas de su subordinada. Esta acción será objeto de estudio en próximas líneas, no obstante ello, antes de que el lector se introduzca al análisis de ésta es menester precisar y exponer el escenario en el cual se desenvuelve. De esta forma se procede al estudio de los grupos empresariales, los cuales son la antesala de la acción aludida.

Título III. Los Grupos Empresariales en la Insolvencia

Sentadas las anteriores premisas y como antecedente directo del artículo 61 del Estatuto concursal, en el presente título se tratarán las nociones generales de los grupos empresariales, su casa matriz y subordinadas, con el objetivo de brindarle al lector un escenario general del tema que se sirve como estructura base del tema que se abordará en líneas posteriores.

En términos generales, los grupos empresariales surgieron como consecuencia de las necesidades que exigían las relaciones económicas y el tráfico jurídico comercial. Cuando la empresa extendió su campo de acción a vastos mercados, urgió de una organización compleja pues una de sus finalidades era minimizar costos, disminuir el riesgo de la actividad comercial y en ese sentido, las estructuras societarias se vieron obligadas a adaptarse a tales cambios. A partir de lo anterior, se afirma que los grupos empresariales surgieron como consecuencia de la imaginación empresarial y no como una creación legislativa per se¹³⁶.

Esos cambios implicaron la agrupación de sociedades con diferentes objetos sociales pero relacionados entre sí, con miras a alcanzar unos propósitos en común: realizar una actividad económica compleja, llegar a mercados de difícil acceso, repartir el riesgo de las actividades y superar las barreras de entrada a los mercados. Para alcanzar tales objetivos, la configuración societaria de esta nueva

¹³⁶ *“El grupo de sociedades no es creación legislativa, sino por el contrario, fruto de la imaginación empresarial”* Galgano, Francesco. Grupo de Sociedades. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2007. Pág., 2

“(…) se establece que el grupo no es una elaboración legislativa sino un producto de ideas empresariales, o lo que se conoce como unas proyecciones económicas, un flujo del elemento negociable o un predominio del mercado, mas no una creación del derecho” Cubillos Garzón. Camilo E. La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2016. Pág. 32

figura implicó la dirección de una empresa que imparta órdenes y guías de ruta para alcanzar aquellos, junto con la participación de múltiples empresarios encaminados a intervenir en cada etapa de producción cumpliendo los designios establecidos por el sujeto dirigente¹³⁷.

Capítulo 1. Nociones generales de los grupos empresariales

Con el propósito de contextualizar al lector de lo que será el estudio de la regla consagrada en el artículo 61 del Estatuto concursal, es menester introducir algunas nociones generales de los grupos empresariales. En ese sentido, el presente capítulo se estructurará a partir de la definición de lo que es un grupo empresarial, sus característica y presupuestos que lo edifican.

1.1. Definición

Esta figura se encuentra bifurcada en dos bloques normativos de gran relevancia para el objeto de este texto. Por un lado está la Ley 222 de 1995, la cual destina el capítulo V para atender aquella; es considerada de carácter general y por tal razón se aplica para todos los casos salvo que existan disposiciones especiales. Por otro lado, se encuentra la Ley 1116 de 2006, junto con el Decreto 1749 de 2011, modificado por el Decreto 991 de 2018 en su artículo 27, los cuales están dirigidos a formular una definición aplicable de resorte exclusivo para el Régimen de insolvencia.

Al remitirse al texto normativo consagrado en la Ley 222 de 1995, se destaca la ausencia de definición alguna sobre los grupos empresariales, limitándose a

¹³⁷ *“El grupo de sociedades es la forma jurídica propia de la mediana o gran empresa de nuestro tiempo. Cuando la empresa alcanza dimensiones económicas de importancia y está provista de una organización compleja, extendiendo su acción a vastos mercados, asume inevitablemente su configuración bajo la dirección unificada de una sociedad directora o holding que opera por medio de una pluralidad de socios”* Ibídem., Pág. 1.

enunciar los elementos que se deben tener en cuenta para su conformación, aspectos que se precisarán en posteriores líneas¹³⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace imperioso edificar una definición que marque el derrotero de lo que se va a desarrollar en este capítulo. Así las cosas, los grupos empresariales se definen como aquel conjunto de personas naturales o sociedades (empresarios) autónomas e independientes¹³⁹, unidas por un propósito común, en virtud de la cual una de ellas, denominada matriz, mantiene a las demás bajo su dependencia, ejerciendo control conjunto y dirección de propósito, denominándose estas últimas como subordinadas o subsidiarias¹⁴⁰.

¹³⁸ “La ley 222 de 1995 no define que es un grupo empresarial, pero sí establece cuales son los elementos que lo conforman (...)”. Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 306

¹³⁹ Entiéndase por autónomas e independiente como aquellas facultades que ostentas las empresas para conservar su propia existencia jurídica.

¹⁴⁰ “Se puede afirmar que se llama grupo empresarial al conjunto constituido por varias empresas, cada una de las cuales conserva su existencia jurídica propia, unida entre ellas por diversos lazos, en virtud de los que una de ellas, denominada matriz, mantiene a las otras bajo su dependencia, subordinadas o subsidiarias, ejerce control sobre el conjunto y hace prevalecer la unidad de dirección. En cualquier caso, se trata de mecanismo indispensables para aunar recursos mediante la concentración de capitales, trabajo y tecnología, en procura de beneficios directos para las empresas que los integran, supuesto que les permite satisfacer los requerimientos de los procesos de operaciones y negocios, así como las proyecciones en los mercados nacional e internacional”. Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 306.

“se trata de un fenómeno derivado de la concentración de la concentración empresarial, de naturaleza multi-articulada, constituido por dos o más empresas jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se establecen relaciones de dominación- dependencia, las que importan del control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las empresas) sobre la empresa o empresas dominadas.” Vásquez Palma, María F. Sociedades, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial. Legal Publishing Santiago, Chile, 2013. Pág. 149.

De la definición propuesta se desprenden las siguientes premisas:

En primer lugar, un factor relevante y básico en los grupos empresariales es la presencia de una controlante o también denominada matriz, la cual ejerce control y dominio sobre las demás sociedades¹⁴¹, permitiendo que todas estas se comporten como una unidad, con un único propósito y realizando una actividad económica compleja¹⁴².

En segundo lugar, se deriva que los grupos empresariales no necesariamente están conformados única y exclusivamente por empresas, pueden ser personas

“El grupo empresarial es una organización, que a su vez es un agregado; principalmente de sociedades comerciales, formalmente autónomas e independientes que se encuentran subordinadas y controladas y que por ello están sometidas al ejercicio de una unidad de propósito y dirección, por parte de la sociedad cabeza de grupo”. BARÓN BARRERA, Guillermo Andrés. EL DERECHO DE COMPETENCIA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES. IBAÑEZ, volumen 2. Bogotá Colombia, 2010, Pág. 35.

¹⁴¹ *“la configuración de grupos empresariales reviste una serie de condiciones, características y consecuencias que vale la pena mencionar por ser estas sorprendentemente desconocidas para buena parte del empresariado. Primero, que cuando hay una matriz y una o varias subordinadas que corresponden a lo que en palabras de la ley es “una unidad de propósito y dirección”, hay un grupo empresarial”.* Superintendencia de Sociedades. Guía práctica, régimen de matrices y subordinadas. Pág. 5. Para mayor información vease en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CartillasyGuias/Guia_Practica_Regim enMatricesySubordinadas.pdf. (Última fecha de consulta: 12 de octubre de 2018).

¹⁴² *“Independientemente de su definición, (...) en todos ellos se presenta una característica básica, consistente en que entre las sociedades que hacen parte del grupo existe una que ejerce el control o dominio sobre las demás, y todas ellas se comportan como una unidad”.* Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 305

naturales¹⁴³, de ahí que para aglutinar a todos estos sujetos, lo correcto sea llamarlos empresarios.

En tercer lugar, no es necesario que estos deban tener el mismo objeto social, pues el propósito de los grupos empresariales es la colaboración y agrupación de diferentes sujetos que realicen actividades mercantiles relacionadas con el objeto principal del grupo, en ese sentido los objetos sociales de los sujetos que lo conforman deben ser afines más no idénticos. Es necesario que estén involucrados en diferentes fases del proceso productivo, pues eso permite optimizar los costos de producción, minimizar el riesgo de la actividad y alcanzar los objetivos plasmados.¹⁴⁴

De lo anterior se desprende que cada empresario es un sujeto independiente y autónomo frente a terceros. Situación que implica por regla general que cada uno de ellos es responsable por sus propias obligaciones y los daños generados en caso de incumplimiento, siendo totalmente independientes frente a los pasivos de los demás, pues en este caso no hay una consolidación patrimonial de los miembros del grupo, de ahí que se emane el beneficio de limitación de responsabilidad de la manera más amplia posible¹⁴⁵. No obstante ello, esto no es del todo absoluto, pues

¹⁴³ *“Dada la extensión de este concepto y los elementos que la conforman, en un grupo las sociedades pueden ser empresarios, e incluso es posible que personas naturales se comporten como matrices, si se dan los supuestos para ello”.* Ibídem.

¹⁴⁴ *“A cada una de las sociedades que integran el grupo le corresponde, como objeto social, distintos sectores de actividad, fases del proceso productivo, formas de utilización industrial de una misma sustancia base, distintos mercados, y así sucesivamente. Sin embargo las acciones de cada una de estas sociedades pertenecen en todo o en su mayoría, a una entidad ulterior que por lo general es una sociedad, la sociedad madre o cabeza de grupo también conocida como holding a la que compete la dirección y coordinación total del grupo, en cuyo seno los distintos sectores o fragmentos son coordinados y reconducidos a una unidad económica”.* Galgano, Francesco. Grupo de Sociedades. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2007, Pág. 3 y 4.

¹⁴⁵ *“Cada sociedad del grupo es, frente a terceros, un sujeto de derecho distinto de cualquier otra sociedad del mismo grupo. Cada una es responsable de las deudas por ella asumidas,*

en situaciones excepcionales como la insolvencia aquel beneficio denota algunos matices, los cuales serán precisados en su momento.

1.2. Presupuestos del grupo empresarial

De acuerdo con la definición propuesta y lo contemplado en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 la cual dispone que “*habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección*”, se infiere que los grupos empresariales se conforman a partir de dos elementos: 1. Subordinación y; 2. Unidad de propósito y dirección¹⁴⁶.

Sobre aquellos presupuestos se debe realizar las siguientes precisiones:

1.2.1. Subordinación

El artículo 26 de la Ley 222 de 1995 dispone que “*una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso*

no siéndolo de las deudas asumidas por las otras sociedades, para quien son deudas jurídicamente ajenas. En principio el holding es tercero respecto de las relaciones jurídicas que las sociedades controladas hayan creado. En consecuencia, quienes hayan adquirido créditos relacionas a ellas no tienen título para invocar la responsabilidad patrimonial de la cabeza de grupo. Se goza así del beneficio de la limitación de la responsabilidad propio de las sociedades por acciones, de la manera más amplia posible”. Ibídem.

¹⁴⁶ “Los elementos del grupo empresarial son: a) la subordinación o control; b) la unidad de propósito y dirección, artículo 28 Ley 222 de 1995”. BARÓN BARRERA, Guillermo Andrés. *EL DERECHO DE COMPETENCIA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES*. IBAÑEZ, volumen 2. Bogotá Colombia, 2010, Pág. 38.

“Para este despacho es claro que para que se configure el grupo empresarial, se requiere la coocurrencia de dos elementos a saber: la subordinación y la existencia de la unidad de propósito y dirección. Por ello, si se configura esta última, pero no la primera, no puede predicarse la existencia del grupo”. Superintendencia de Sociedades, Oficio 220 – 5007 del 4 de febrero de 1997.

*en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria*¹⁴⁷.

De la anterior disposición se desprende que la subordinación se presenta cuando la capacidad de decisión de un empresario se encuentra sometido al querer de otro u otros empresarios¹⁴⁸. Esto se traduce en que uno o varios de ellos – matriz – tienen la atribución de “llevar la conducción de cada una de las sociedades” que componen el grupo¹⁴⁹.

Del mismo modo, se deriva que aquella se encuentra integrada por dos elementos: uno subjetivo, relacionado con los entes que conforman el grupo y; uno objetivo, enfocado a la forma de manifestación del control¹⁵⁰. Aspectos éstos que se explican así:

¹⁴⁷ Artículo 26 de la Ley 222 de 1995.

¹⁴⁸ “La subordinación se presenta cuando el poder o la capacidad de decisión de una sociedad se encuentran sujetos al querer o voluntad de otra u otras personas que pueden o no tener naturaleza societaria” Nossa, Lisandro P. Sociedades Comerciales, Temis, sexta edición, Bogotá, Colombia, 2011. Pág. 287 y 288

¹⁴⁹ “(...) generalmente un grupo económico o empresarial estará caracterizado por la existencia de una relación de dominación- dependencia, lo que se traduce en muchos casos en que una compañía, cabeza de esta unidad, tenga la facultad de llevar la conducción de cada una de las sociedades que la componen, subordinadas unas a otras, ya sea por control directo o indirecto, factico o directivo” Vásquez Palma, María F. Sociedades, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial. Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013. Pág. 152

¹⁵⁰ “para que se configure subordinación debe presentarse una serie de supuestos para su existencia, entre los cuales se encuentra un aspecto subjetivo, donde aparecen las partes que conforman la operación, y uno objetivo; es decir, la realización efectiva de las hipótesis de control señaladas expresamente por la ley”. Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 307

Respecto del primero se tiene que aquel está relacionado con los entes que integran el grupo empresarial, de forma tal la estructura del grupo se constituye por la matriz - controlante o controlantes y sus subordinadas¹⁵¹.

En cuanto a las matrices se tiene que éstas son las encargadas de dirigir de manera coordinada la actividad del grupo, lo cual las faculta para marcar el derrotero relacionado con su organización, optimización de recursos y lineamientos para su efectivo desarrollo del objeto pretendido¹⁵². Las mismas pueden ser tanto personas jurídicas como naturales, permitiendo ampliar el campo de acción de los grupos¹⁵³.

Por otro lado, en relación a las subordinadas, se tiene que estas son aquellas que carecen de independencia por el hecho de estar sometidas al control de la matriz¹⁵⁴.

¹⁵¹ *“el sometimiento de una sociedad al poder de decisión ejercido por una o varias personas jurídicas o naturales es el criterio medular que da origen al sistema contenido en la ley 222 de 1995 en esta materia. Según lo previsto en el artículo 26 de esta ley, las sociedades que se incluyen dentro de esta modalidad de relaciones pueden ser matrices o subordinadas”* Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario, tomo I. Temis, Bogotá, Colombia, 2004. Pág. 39.

¹⁵² *“Las Matrices, son los entes encargados de gestionar la actividad del Grupo en su conjunto, lo cual le permite imponer las bases en cuanto a la organización, el aprovechamiento de recursos y las directrices económicas a seguir por parte del Grupo”* Cubillos Garzón, C. 2007. Parámetros a seguir de los grupos empresariales. Sistemas anglosajón y continental. En: *Revista e-mercatoria*. Vol. 6, (jun. 2007). Pág. 10.

¹⁵³ *“matriz o controlante puede ser cualquier persona natural o jurídica, no necesariamente de naturaleza comercial, con lo cual se amplían las posibilidades de organización empresarial”*. Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 308 y 309.

¹⁵⁴ *“(…) sociedad subordinada es aquella que carece de independencia por estar controlada o dirigida por la matriz (…)”* Narváez García, José I. Teoría General de las sociedades. Librería Jurídica Wilches, quinta edición, Bogotá, Colombia, 1987. Pág. 632.

Éstas se clasifican en dos, filiales y subsidiarias: (i) Se está en presencia de filiales cuando la matriz ejerce control directo sobre sus subordinadas¹⁵⁵ y; (ii) Cuando la matriz no ejerce control de manera directa sobre aquellas, sino por intermedio de sus filiales, se denominan subsidiarias¹⁵⁶.

Por otro lado, el aspecto objetivo está relacionado con la forma en cómo se practica el control. En ese sentido, se resalta que la subordinación se puede ejercer de la siguiente manera:

1. Individual o conjuntamente, relacionadas con el número de empresarios que ejercen el control¹⁵⁷;

¹⁵⁵ “Las Subordinadas, asimismo, pueden ser Filiales, cuando el control sea ejercido directamente por la matriz” Cubillos Garzón, Camilo. Parámetros a seguir de los grupos empresariales. Sistemas anglosajón y continental. En: *Revista e-mercatoria*. 6, 1 (jun. 2007). Pág.11.

¹⁵⁶ “Se trata de personas jurídicas de naturaleza societaria que son controladas por una matriz. Sin embargo, algún sector de la doctrina señala que la controlada puede ser cualquier persona jurídica, es decir, no se requiere que sea sociedad comercial. (...) el artículo 26 de la ley 222 de 1995 distingue entre dos clases de subordinadas: filiales y subsidiarias. Sobre las primeras se ejerce un control directo por parte de la matriz, mientras que el de las subsidiarias se hace por intermedio, o con el concurso, de las subordinadas de la matriz. De igual manera, el control puede darse de manera conjunta por varias personas, lo que ha sido precisado incluso por el Consejo de Estado, en su jurisprudencia”. Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 308 y 309.

¹⁵⁷ “esta clase de subordinación dependerá del número de matrices que realicen esta actividad. Será individual si es una sola persona la que lo ejerce, mientras será conjunto si una pluralidad de personas manifiestan su (...) voluntad de actuar en común, distinta de la *affectio societatis*, mediante circunstancias tales como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de representación legal de las mismas, la actuación en bloque de órganos sociales etc.”. *Ibídem.*, Pág. 311

2. Directa o indirectamente, conexa con la forma en cómo se acatan las decisiones de la matriz, ya sea directamente por la controlada o, por intermedio del concurso de sus subordinadas¹⁵⁸ y;

3. Externa o interna, concerniente con el papel que ejerce la matriz con las subordinadas. Esta manifestación se bifurca en tres hipótesis: (i) La primera relacionada con el nivel de participación; (ii) La segunda referente a la posibilidad de emitir votos constitutivos de mayoría absoluta y; (iii) La tercera relacionada con la influencia sobre la decisión de una subordinada, sin pertenecer al órgano decisorio.

Estos tipos de controles se evidencia en el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, el cual dispone que una sociedad será subordinada en los siguientes casos: (i) Cuando más del 50% del capital pertenezca directamente a la matriz o por intermedio de alguna de sus subordinadas; (ii) Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea o en su defecto tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva y; (iii) Cuando la matriz, directamente o por intermedio o concurso de sus subordinadas, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad. Estas causales no son taxativas y en ese sentido, es posible demostrar la existencia del control a través de diferentes medios probatorios.

1.2.2. Unidad de propósito y dirección

El segundo elemento exigido por el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 está relacionado con la unidad de propósito y dirección del grupo empresarial. Este

¹⁵⁸ “La norma señala la posibilidad de ejercer el control en forma directa o en forma indirecta, esto a través de una filial, para llegar a la subordinación”. Noguera Rocha, Francisco. Grupos Empresariales y Situaciones de Control Inscritos en las Camaras de Comercio a 31 de Diciembre de 2005. Superintendencia de Sociedades. Bogotá, Colombia, 2006. Pág. 5.

componente se deriva como consecuencia del hecho de que los miembros del grupo están sujetos a una misma voluntad, a un mismo designio impuesto por su matriz¹⁵⁹ y en ese sentido, este calificativo de connotación eminentemente subjetiva¹⁶⁰, implica que la matriz es quien se encarga de fijar y determinar los fines y metas perseguidos por el grupo. No obstante lo anterior, es menester resaltar que la matriz al momento de fijarlas, debe tener en cuenta el objeto social de cada una de sus subordinadas, pues no puede determinar objetivos que los desconozcan¹⁶¹.

Se han propuestos múltiples ejemplos para determinar cuándo se configura este elemento, entre los que se destaca la similitud o complementariedad de los objetos sociales de los sujetos del grupo, la semejanza de los accionistas en las compañías, la administración idéntica de estas por uno o varios sujetos, como su representación legal¹⁶², procesos de integración vertical u horizontal, políticas administrativas,

¹⁵⁹ “el concepto de unidad de propósito y dirección se interpreta como el lugar común de los integrantes del grupo, quienes se encuentran sujetos a una misma voluntad, que es la de la controlante, quien fija el sentido de sus actuaciones y las metas que se pretende alcanzar con las mismas.” Nossa, Lisandro P. Sociedades Comerciales, Temis, sexta edición, Bogotá, Colombia, 2011. Pág. 291.

¹⁶⁰ “(...) la norma señala (ley 222 de 1995) que se entiende que hay unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todos los integrantes del grupo persiguen la obtención de un objetivo determinado por la matriz. Esto supone que los fines o metas perseguidos por la matriz por conducto del grupo, y que son los que determinan la unidad de propósito y dirección que da lugar a la existencia del grupo, son eminentemente subjetivos en la medida que es la misma matriz o controlante la que los determina o establece a su libre arbitrio (...).” Ibídem. Pág 292.

¹⁶¹ “el segundo requisito para que exista grupo empresarial en Colombia es la unidad de propósito y dirección. Según el inciso segundo del artículo 28 de la ley 222 de 1995, esta se presenta “cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas”. Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 322 y 323

¹⁶² Ibídem., Pág 330.

financieras, laboral comunes, hipótesis cumulativas que se sirven para identificar la presencia de la unidad de propósito y dirección¹⁶³.

La presencia de este requisito, además de ser definitivo para la configuración del grupo¹⁶⁴, debe velar por el beneficio de los sujetos que lo conforman y en ese sentido abusos y excesos en las facultades conferidas a la casa matriz pueden causarle daño a alguna de sus subordinadas generando consecuentemente responsabilidad patrimonial para aquella.

Inicialmente cada sujeto tiene independencia patrimonial y en ese sentido responden por los daños y perjuicios que pueden causarle a terceros o incluso a miembros del mismo grupo con su propio patrimonio, no obstante eso, existen supuestos donde esa responsabilidad se extiende a otros sujetos, verbigracia la casa matriz, hipótesis excepcionales y que implican en algunos casos el descorrer del velo corporativo. Sobre el particular se ahondará en líneas posteriores,

¹⁶³ *“El concepto de “unidad de propósito y dirección” se exterioriza en aquellos grupos en que, por ejemplo, además de tener administradores comunes, se verifican procesos de integración vertical o de integración horizontal, como cuando una sociedad compra cueros, otra los procesa, otra fábrica zapatos, otra fábrica gelatina y otra comercializa dichos productos, o cuando se determinan políticas comunes (administrativas, financieras, laborales, etc.). También cuando existan políticas comunes administrativas, contables, en materia de recursos humanos, en planeación, que evidencien que finalmente existen importantes objetivos comunes.”* Superintendencia de Sociedades. Guía práctica, régimen de matrices y subordinadas. Pág. 13 disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CarillasyGuías/Guía_Práctica_RegiménMatricesySubordinadas.pdf. (última fecha de revisión: 9 de octubre de 2018)

¹⁶⁴ *“(…) debe existir en cabeza del holding y de común acuerdo con sus controladas, una estrategia económica empresarial unificada en bien de todos, pero en beneficio del consorcio, sin desconocer la independencia económica de las sociedades, pues la pérdida de la autonomía empresarial de las controladas significa, en los grupos jerárquicos, el empleo de unas estrategias ajustadas a los fenómenos económicos descentralizados. En definitiva, la unidad de propósito y dirección es un elemento decisivo para la constitución del grupo”.* Cubillos Garzón. Camilo E. La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2016. Pág. 48

especialmente sobre un caso específico regulado en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 en virtud del cual se consagra la responsabilidad subsidiaria de la matriz por las obligaciones insatisfechas de la subsidiaria en insolvencia.

Sentadas las anteriores premisas, es menester esbozar el panorama de los grupos empresariales en la insolvencia, que si bien se estructuran bajo el crisol de lo ya expresado, guardan algunos matices merecedores de precisión tal y como se expone a continuación.

Capítulo 2. Los grupos empresariales en la Ley 1116 de 2006

Se aludió en líneas anteriores que los grupos empresariales se encuentran regulados en dos bloques normativos, el primero contentivo en la Ley 222 de 1995 encargado de prescribir los aspectos normativos de connotación general y el segundo, más específico, contenido en la Ley 1116 de 2006 y sus Decretos Reglamentarios.

En ese sentido y con miras a desarrollar la regla contenida en la disposición aludida en el anterior capítulo, es necesario tomar como punto de partida las características de los grupos empresariales en el Régimen concursal colombiano, junto con sus manifestaciones normativas en la Ley concursal.

2.1. Precisiones sobre grupo empresarial, grupo de empresas y organización empresarial

Al analizar las normas dispuestas en el Régimen concursal se resalta que el mismo utiliza una terminología que difiere de lo dispuesto en líneas anteriores, pues por un lado no los denomina grupos empresariales sino grupo de empresa, denominación que incide única y exclusivamente en su nombre, pues los efectos de su configuración son los mismos. Por otro lado, se destaca que el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006 al referirse a las mayorías especiales hace alusión a las

organizaciones empresariales, apelativo mucho más amplio que un grupo empresarial. Sobre estas particularidades es necesario indicar lo siguiente:

El Decreto 991 de 2018, en su artículo 27 los define como “*Grupo de Empresas*”, precisando que son “*(...) el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, o patrimonios autónomos que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, o porque la mayor parte de sus capitales pertenece o está bajo la administración de las mismas personas jurídicas o naturales, ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos. Así mismo, se entiende que forman parte de un grupo aquellas empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006*”.

A partir de lo anterior se destacan algunas diferencias sobre la definición ya propuesta. En ese sentido, un grupo de empresa puede conformarse tanto por personas naturales, personas jurídicas y patrimonios autónomos, del mismo modo, se agrupa su aplicación a otros sujetos, como son los mencionados en el artículo 32 de la Ley 1116, en la cual se menciona a los sujetos que pertenecen a una organización empresarial, entre los cuales se encuentran a las asociaciones, los consorcios, uniones temporales, agrupaciones, conglomerados o cualquier otra expresión semejante¹⁶⁵; ampliación que si bien ha sido objeto de críticas, amerita destacar la intención loable del órgano legislativo, pues mediante esta pretende acaparar cualquier sujeto de derecho de relevancia para el régimen de insolvencia.

De ahí que se pueda afirmar que esta definición aplica única y exclusivamente para el régimen de insolvencia, pues con miras a garantizar los principios aludidos en capítulos anteriores, la disposición pretende tener en cuenta a cualquier sujeto de

¹⁶⁵ Artículo 32 de la Ley 1116 de 2006.

derecho que haya intervenido o que tenga relación alguna con la empresa concursada.

2.2. Manifestaciones legales de los grupos empresariales en la Ley 1116 del 2006.

Por otro lado, el Estatuto Concursal regula en más de una disposición aspectos relacionados con los grupos empresariales, a saber:

- El artículo 12 habilita a los empresarios a iniciar de manera conjunta el proceso de reorganización de más de un miembro de un grupo empresarial. Tal disposición facilita el examen conjunto de esas solicitudes, promueve la celeridad y eficiencia en los procesos, reduce los costos del mismo y finalmente, permite satisfacer los créditos de los acreedores insatisfechos de manera expedita, respetando la autonomía patrimonial de cada miembro¹⁶⁶.

¹⁶⁶ **“ARTÍCULO 12. MATRICES, CONTROLANTES, VINCULADOS Y SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA.** *Una solicitud de inicio del proceso de reorganización podrá referirse simultáneamente a varios deudores vinculados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinados, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas jurídicas o naturales, sea que estas obren directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales que no tengan como efecto la personificación jurídica. Para tales efectos, no se requerirá que la situación de control haya sido declarada o inscrita previamente en el registro mercantil.*

El inicio de los procesos deberá ser solicitado ante la Superintendencia de Sociedades de existir deudores sujetos a su competencia, que tengan un vínculo de subordinación o control, quien será la competente para conocer de los procesos de todos los deudores vinculados, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar acuerdos de reorganización independientes.

El reconocimiento del proceso extranjero de insolvencia de la matriz o controlante de la sucursal extranjera establecida en Colombia, en la forma prevista en esta ley, dará lugar al inicio del proceso de reorganización de la sucursal”. Para mayor información véase en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html#32. (Última fecha de revisión: 14 de octubre de 2018).

- En el mismo sentido, el artículo 15 habilita a la Superintendencia de Sociedades a iniciar de manera oficiosa y conjunta el proceso de reorganización de más de un miembro del grupo empresarial¹⁶⁷.
- El artículo 32 del Estatuto concursal al regular las mayorías especiales en las organizaciones empresariales y acreedores internos en el proceso de reorganización dispone que cuando la mayoría absoluta de votos radique en cabeza de acreedores que pertenezcan a una organización o grupo empresarial es necesario que el 25% de los otros acreedores aprueben el acuerdo de reorganización. Del mismo modo, prescribe que forman parte de una organización empresarial los siguientes sujetos: (i) Las personas que tengan la calidad de matrices o controlantes, junto con sus subordinadas en los términos y condiciones ya expresados en líneas anteriores; (ii) Los empresarios y empresas anunciados ante terceros como un grupo, organización, agrupación, conglomerado o expresión semejante; (iii) Las personas naturales o jurídicas

¹⁶⁷ “**ARTÍCULO 15. INICIO DE OFICIO.** La Superintendencia de Sociedades podrá decretar de oficio el inicio de un proceso de reorganización en los siguientes eventos:

1. Cuando una sociedad comercial sometida a su vigilancia o control incurra en la cesación de pagos prevista en la presente ley.

2. Como consecuencia de la solicitud expresa de otra autoridad que adelante funciones de inspección y vigilancia de empresas, cuando se cumpla el supuesto de cesación de pagos previsto en esta ley.

3. Cuando con ocasión del proceso de insolvencia de una vinculada o de un patrimonio autónomo relacionado, la situación económica de la sociedad matriz o controlante, filial o subsidiaria, o de otro patrimonio autónomo, provoque la cesación de pagos de la vinculada o relacionadas.

PARÁGRAFO 1o. El Juez Civil del Circuito podrá iniciar de manera oficiosa el proceso de reorganización en el evento establecido en el numeral 2 del presente artículo.

PARÁGRAFO 2o. Para la iniciación oficiosa del proceso de reorganización, el Juez del Concurso requerirá al deudor en los términos establecidos por el artículo anterior de la presente ley”. Para mayor información véase en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html#32. (Última

fecha de revisión: 14 de octubre de 2018).

vinculadas por medio de contratos de colaboración tales como sociedades de hecho, consorcios, uniones temporales y contratos de riesgo compartido¹⁶⁸.

Esta categoría pretende acaparar cualquier organización empresarial con miras a regular la crisis financiera de algún o algunos miembros de ésta, con miras a intervenir y regular la crisis empresarial de aquellos. Si bien la categoría es novedosa en el Derecho colombiano, se destaca la intención loable del legislador al pretender aglomerar en un grupo a todos los sujetos de derecho que tienen un impacto patrimonial en la economía y en las relaciones comerciales.

¹⁶⁸ **“ARTÍCULO 32. MAYORÍA ESPECIAL EN EL CASO DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES Y ACREEDORES INTERNOS.** Además de la mayoría exigida por el artículo anterior para la aprobación del acuerdo, cuando los acreedores internos o cuando uno o varios acreedores, pertenecientes a una misma organización o grupo empresarial emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, la aprobación requerirá, además, del voto emitido en el mismo sentido por un número plural de acreedores de cualquier clase o clases que sea igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los votos restantes admitidos.

Forman parte de una organización empresarial:

1. Las personas que tengan la calidad de matrices o controlantes y sus subordinadas, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.
2. Los empresarios y empresas anunciados ante terceros como “grupo”, “organización”, “agrupación”, “conglomerado” o expresión semejante.
3. Las personas naturales o jurídicas vinculadas por medio de contratos de colaboración tales como sociedades de hecho, consorcios, uniones temporales y contrato de riesgo compartido, siempre y cuando exista plena prueba sobre la existencia de tales contratos. Las discrepancias al respecto serán decididas por el juez del concurso, en la audiencia de confirmación.

Cuando dos o más acreedores configuren una misma organización o grupo empresarial, deberán informar al promotor sobre el particular, a más tardar en la fecha de la audiencia de decisión de objeciones o en la fecha de la expedición de la providencia que fija el plazo para la celebración del acuerdo. En caso de incumplimiento de la anterior obligación, respecto de los acreedores que no hayan informado sobre la conformación de grupo empresarial, sus derechos de voto quedarán reducidos a la mitad. Para mayor información véase en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html#32. (Última fecha de revisión: 14 de octubre de 2018).

- El artículo 49 del Estatuto concursal faculta a los acreedores del deudor concursado a demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socio o controlantes como consecuencia del incumplimiento de los deberes de éstos y la disolución y liquidación del deudor a órdenes del juez del concurso¹⁶⁹.
- El artículo 61 concursal presume que la causa de insolvencia de la subordinada corresponde a los actos realizados por la controlante, de ahí que, esta última está llamada a responder de forma subsidiaria sobre los créditos insatisfechos de la primera.

Respecto de esta acción se ahondará en el siguiente título, no obstante, es menester destacar que el alcance y fundamento de ésta encuentra asidero en la obligación del deudor de responder por sus deudas, en ese sentido, la misma rompe con el beneficio de separación de responsabilidad que se aludió en líneas anteriores y permite que las partes del proceso concursal adelanten un juicio de responsabilidad contra la sociedad controlante, pues se presume que la causa de la insolvencia de un miembro del grupo fueron las decisiones de la controlante y en ese sentido, el ordenamiento jurídico atribuye subsidiariamente a la controlante la responsabilidad por los créditos insatisfechos.

¹⁶⁹ **“ARTÍCULO 49. APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL INMEDIATA.** *Procederá de manera inmediata en los siguientes casos:*

(...)

Si el juez del concurso verifica previamente que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente en cuanto a llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las leyes vigentes, podrá ordenar la disolución y liquidación del ente, en los términos del artículo 225 y siguientes del Código de Comercio, caso en el cual los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes (...)." Para mayor información véase en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html#32. (Última fecha de revisión: 14 de octubre de 2018).

Sentadas las anteriores premisas y a manera de conclusión se tiene que el papel que desempeñan los grupos empresariales en el régimen de insolvencia es preponderante, pues en aplicación de los principios rectores del mismo se está rompiendo con el beneficio de responsabilidad individual de cada uno de los miembros, permitiendo que los acreedores de la empresa concursada persigan a la controlante para la satisfacción de sus créditos, eso sí, bajo unos parámetros establecidos en la Ley.

De la misma forma, se observa que la obligación del deudor de responder por sus deudas se mantiene en las mismas condiciones ya estudiadas, incluso, se agrega que en el marco de la insolvencia, la responsabilidad se extiende a otros sujetos, verbigracia a la matriz o controlante tal como se evidenció, reforzando el cumplimiento de tal obligación.

Título IV. La acción de responsabilidad del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006

El objeto del presente título es estudiar la hipótesis de responsabilidad sin débito regulada en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, en virtud de la cual se presume que la causa de la insolvencia de una subordinada se debió como consecuencia de los actos realizados por su matriz – controlante y cuya consecuencia jurídica es la responsabilidad subsidiaria de la última, debiendo pagar las obligaciones insatisfechas en el concurso.

Así las cosas, se procede a estudiar la norma en los siguientes términos:

Capítulo 1. Hipótesis de la norma

El artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 dispone:

***“Artículo 61. De los controlantes.** Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.*

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

De lo anterior se desprende que el régimen de insolvencia colombiano regula la posibilidad de que la situación de crisis de una subordinada se presente como consecuencia de las actuaciones realizadas por la matriz o controlante y, en beneficio de esta o de otros miembros¹⁷¹. En razón de tal situación, la norma en mención hace responsable de forma subsidiaria a la matriz por los créditos insatisfechos de la subordinada, responsabilidad derivada de la presunción aludida.

1.1. Supuesto de hecho

De acuerdo con la norma citada, se tiene que el supuesto de hecho de esta acción está referido a que la situación de insolvencia o de liquidación judicial de un sujeto subordinado se debe como consecuencia de las actuaciones que realizó la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial. En ese sentido, se presume que la sociedad está en esa situación concursal por las actuaciones derivadas del control ejercido por la matriz. Esta presunción es legal y por lo tanto admite prueba en contrario¹⁷².

¹⁷¹ “es posible que la situación de crisis societaria sea imputable a los actos ejecutados por la persona que ostenta la calidad de matriz o controlante. Teniendo en cuenta que la situación de control o subordinación se tipifica por el sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas, es apenas entendible que los actos de la controlante puedan dar lugar a la situación de insolvencia de la controlada, con repercusiones que puedan afectar a terceros que sufren daños como consecuencia de dicha situación. No es extraño pensar en una matriz que utiliza su poder de decisión sobre la sociedad subordinada, en beneficio propio pero con perjuicio de los socios y de terceros”. Isaza, Álvaro; Londoño, Álvaro. Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial. LEGIS., Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 318

¹⁷² Sentencia de la Corte Constitucional SU – 1023 del 26 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

1.2. Consecuencia jurídica

La consecuencia jurídica del supuesto anterior es la responsabilidad subsidiaria frente a los créditos insatisfechos de la subordinada¹⁷³.

Capítulo 2. La acción de responsabilidad como supuesto de acción de responsabilidad ordinaria

Respecto de la norma citada existen dos posturas referidas a la naturaleza de la norma y sus efectos, por un lado se destaca que la misma es una acción de despersonificación jurídica, dicho en otras palabras, del levantamiento del velo corporativo¹⁷⁴ y; por otra en virtud de la cual se afirma que la disposición regula una acción de responsabilidad y no del levantamiento del velo corporativo. El autor se inclina por la segunda postura, pues si se tiene en cuenta lo dispuesto por la Corte

¹⁷³ *Ibídem.*

¹⁷⁴ “(...) esta regla, contenida en el artículo 61 de la ley 1116, la cual establece un supuesto de levantamiento de velo corporativo (...)” Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades. Segunda Edición. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012. Pág. 330 y 331

“Una de las posibilidades que ofrece el derecho colombiano para obtener el levantamiento del velo corporativo es la acción que permite hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz en los casos de concurso de la subordinada”. Gaitán, Andrés. La responsabilidad subsidiaria de la matriz en Levantamiento del velo corporativo. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2011. Pág. 117

Constitucional¹⁷⁵, Superintendencia de Sociedades¹⁷⁶ y Consejo de Estado¹⁷⁷, respecto del levantamiento del velo corporativo, se encuentra que un elemento preponderante en este instrumento es la presencia de un actuar desleal, deshonesto, malicioso o fraudulento que permite extender la responsabilidad de la sociedad a los administradores y socios de la misma.

¹⁷⁵ “Cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación”. Para mayor información véase en: Corte Constitucional, Sentencia C – 865 del 7 de septiembre de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷⁶ “(...) Una solución más idónea para contrarrestar el abuso de la sociedad de capital consiste en introducir medidas de fiscalización judicial que permitan controvertir ex post las actuaciones indebidas de los empresarios. Esta alternativa tiene la ventaja de imponerle altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fue diseñada la aludida figura societaria. Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso.(...)”. Para mayor información véase Superintendencia de Sociedades, Sentencia 801 – 000015 del 15 de marzo de 2013

¹⁷⁷ “(...) La figura del velo corporativo, hace relación única y exclusivamente a la responsabilidad que les incumbe a los asociados de una persona jurídica, en donde es deber de ellos actuar con lealtad, honestidad, transparencia en sus relaciones con los terceros que contratan con la sociedad y por ende solo ellos responden hasta el monto de sus aportes. Ahora bien, cuando los asociados de manera fraudulenta pretenden perjudicar a los terceros en general, es posible perseguir los bienes individuales de los asociados (...).” Para mayor información véase en: Consejo de Estado, Sentencia del 28 de septiembre de 2014, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Como se observa en la norma transcrita, el legislador en ningún momento calificó la conducta de la controlante como fraudulenta, deshonesto o maliciosa, sino que por el contrario se limitó a destacar que la misma debía ir en contra de los intereses de la sociedad concursada y en beneficio de la controlante u otras subordinadas. Bajo ese contexto, calificar la acción estudiada como una acción de levantamiento del velo corporativo implica atribuir de contera que las actuaciones de la controlante son deshonestas, calificación que parte del supuesto de la mala fe de ésta y va en contra de la presunción de inocencia.

Del mismo modo, el levantamiento del velo corporativo presupone el hecho de que la matriz debe ser socio de la misma, situación que como ya se estudió no necesariamente es la única hipótesis de subordinación, sino que por el contrario es una de las muchas que hay. La subordinación no necesariamente requiere mayoría accionaria, se puede manifestar de otras formas, verbigracia cuando se actúa por intermedio de sus filiales, disponiendo de las decisiones de las subsidiarias.

Se presume que la causa de la insolvencia fue ocasionada por las actuaciones de la controlante y en razón a tal presunción se debe adelantar un proceso de responsabilidad que declare la misma. Esta situación per se no implica la extensión de la responsabilidad a los administradores o socios de la concursada, sino que por el contrario, para llegar a ese punto es necesario adelantar una acción de responsabilidad cumpliendo algunos requisitos que se expondrán a continuación.

Capítulo 3. Elementos de la acción estudiada

Para que se configure la acción objeto de estudio es necesario acreditar los siguientes presupuestos:

3.1. Existencia de una situación de control o subordinación

Sobre este presupuesto se desprende que el legislador contempló la situación de control como un elemento determinante para la aplicación de la presunción aludida. De ahí que, frente a este postulado se deriven las siguientes precisiones:

En primer lugar, la norma estudiada hace referencia exclusivamente a la situación de control o subordinación, infiriendo que no es necesaria la existencia de un grupo empresarial, pues como se definió en líneas anteriores, para que éste surja a la vida jurídica es necesaria la concurrencia de la situación de control con la unidad de propósito y dirección. En ese sentido, la aplicación de esta norma está dirigida a los sujetos que ejercen control o subordinación sobre otros, en otras palabras, es menester que encajen en alguna de las hipótesis reguladas en el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 (esto es el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo mencionado), a saber: a.) Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas; b.) Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere y; c.) Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad¹⁷⁸; o que por algún medio probatorio se demuestre la existencia del control, pues como se mencionó en líneas anteriores, esas causales no son taxativas.

En segundo lugar, del artículo mencionado se infiere que tal situación de control no necesariamente debe estar inscrita en el registro mercantil, pues si bien, la normatividad de la situación de control exige tal inscripción, la misma ostenta el carácter de declarativa, su función es dar publicidad y no ser constitutiva, pues los

¹⁷⁸ Ibídem., Pág 178.

actos de control y subordinación pueden realizarse con anterioridad a la inscripción¹⁷⁹.

Por otro lado, surge una controversia en torno a los sujetos a los cuales se les puede aplicar la norma. Por un lado, una parte de la doctrina afirma que la redacción de la norma está contemplada para cobijar únicamente a las sociedades, pues en más de una ocasión dispone que la “*sociedad matriz o controlante*” produjo la situación de insolvencia o liquidación. De la misma forma, se refiere a la “*sociedad en reorganización o liquidación*”, interpretación que restringe la aplicación de la norma a los demás sujetos que puedan pertenecer a un grupo de empresa, fundamentada en la literalidad de la misma y su característica de norma sancionatoria¹⁸⁰.

Tal interpretación no es compartida por el autor, pues un análisis sistemático de la normatividad concursal permite inferir que la norma hace referencia a los sujetos que ostentan la calidad de controlantes o matrices. En ese sentido, si se remite al artículo 32 ya mencionado y a la definición aludida en el artículo 27 del Decreto 991 de 2018, se tiene que la calidad de matriz o controlante la pueden ostentar otros sujetos de derecho.

Un ejemplo ilustra lo anterior, una corporación en calidad de controlante puede realizar actos en contravía del sujeto en reorganización y en beneficio propio o de

¹⁷⁹ Isaza, Álvaro; Londoño, Álvaro. *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*. LEGIS., Bogotá, Colombia, 2007. Pág., 320

¹⁸⁰ “Es preciso advertir que el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 no puede ser aplicado en todas las situaciones de control. En efecto, esta norma exige que se esté en presencia de actos efectuados por “la sociedad matriz o controlante”; por lo tanto, no se puede aplicar la presunción prevista en la norma cuando se esté en presencia de matrices o controlantes que no tengan la calidad de sociedades (este sería el caso del controlante persona natural, empresa unipersonal, corporación o fundación). En estos supuestos, no se puede aplicar la institución previstas en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, no solo porque se estaría desconociendo su tenor literal, sino también porque na interpretación de tipo extensivo resulta inaceptable en materia de normas de tipo sancionatorio”. *Ibidem.*, Pág. 319

terceros, generando la situación de insolvencia de su subordinada. Restringir la aplicación de esta norma a los demás sujetos iría en contravía de los postulados y espíritu de la norma, excluyendo sin fundamento a otros sujetos que no tengan la calidad de sociedades.

En cuanto al carácter sancionatorio de la norma, el mismo no es óbice para restringir la aplicación de la norma a los demás sujetos, pues como ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia C – 510 de 1997, la presunción regulada es de carácter legal, de ahí que sea deber de la controlante desvirtuarla¹⁸¹. De la misma forma, la presunción no se refiere a la responsabilidad, sino a la causa de la situación concursal, de ahí que la misma no está sancionando en estricto sentido, pues para atribuir la responsabilidad a la matriz es necesario adelantar un juicio de responsabilidad, en el cual únicamente el Juez competente decidirá sobre la responsabilidad de esta; sobre esto haremos énfasis en líneas posteriores¹⁸².

De la misma forma, cabe advertir que la aplicación de la norma no se limita a las “sociedades en reorganización o liquidación judicial”, pues restringir esta disposición a los demás sujetos sometidos al régimen de insolvencia iría en contravía del principio de igualdad entre los sujetos concursable y los fines de este, pues se estaría truncando la expectativa de satisfacer la totalidad de los créditos.

En conclusión, el autor considera que la aplicación de la norma estudiada también está dirigida a los demás sujetos pertenecientes al régimen de insolvencia, por un lado, en cuanto a los controlantes o matrices, no se debe limitar la aplicación

¹⁸¹ “Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos”. Corte Constitucional, Sentencia SU – 1023 del 26 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia SU – 1023 del 26 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

únicamente a las sociedades, sino que por el contrario, se debe extender a los sujetos regulados en el artículo 32, los cuales también se encuentran inmersos en la definición plasmada en el artículo 27 del Decreto 991 de 2018.

3.2. Situación de insolvencia de una subordinada

Como segundo presupuesto se tiene que un empresario subordinado debe encontrarse en un proceso de insolvencia (reorganización o liquidación judicial). Si bien la norma hace referencia de manera genérica a la insolvencia, permitiendo inferir que esta es aplicable a los dos procedimientos regulados en el Estatuto Concursal, no son de recibo tales inferencias, pues cuando se está en un procedimiento de reorganización no es posible encuadrar en la hipótesis regulada, pues la naturaleza del procedimiento mencionado no es liquidar ni satisfacer en ese instante los créditos adeudados, sino brindarle al empresario una segunda oportunidad para que pueda recuperarse y así continuar con el desarrollo de su actividad económica y la satisfacción de sus deudas¹⁸³.

Lo anterior no sucede con el procedimiento de liquidación judicial, pues en este caso el objetivo del mismo es liquidar al empresario y satisfacer en la medida de lo posible la totalidad de sus acreencias. De ahí que, la norma estudiada sea aplicable en este proceso y no en la reorganización como tal, pues en el primero, una vez agotado el patrimonio del empresario concursado e insatisfechas algunas deudas, es posible

¹⁸³ Ahora bien, cabe preguntarse si esta regla aplica únicamente al proceso de liquidación judicial o si también lo hace para el proceso de reorganización. En este sentido, es menester tener en cuenta que a pesar de que la disposición está ubicada dentro de las reglas de este último su contenido se refiere de manera genérica a la situación de insolvencia, y por lo tanto debe tener aplicación en ambos casos. No obstante, es pertinente tener en cuenta que el perjuicio para los acreedores no parece ser tan claro en el proceso de reorganización, como tampoco el interés para impetrar una acción de este tipo. Rodríguez Espitia, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007.

recurrir de manera subsidiaria a la controlante o matriz para que esta responda por tales deudas¹⁸⁴.

3.3. Actuaciones de la matriz en interés de ella o cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o liquidación.

Luego de analizar los dos presupuestos anteriores, es menester identificar las actuaciones de la matriz con miras a determinar si las mismas se realizaron en contravía de los intereses del empresario en insolvencia; en ese sentido, es necesario analizar si tales actuaciones se ejecutaron en interés de la controlante u otras subordinadas y en contra del beneficio del empresario concursado.

De este presupuesto se deriva la concurrencia de dos factores: En primer lugar, es necesario que las actuaciones de la matriz se hayan realizado con el objetivo de beneficiarla directamente o a otras de sus subordinadas; adicional a ello, es necesario que además de este primer requisito, tales decisiones hayan ido en contravía del interés de la concursada. De allí se desprende que si se configura el primero y no el segundo, no es posible darle aplicación a la disposición estudiada,

¹⁸⁴ “No obstante la generalidad de la norma, es preciso observar que no toda situación de insolvencia o de liquidación judicial da lugar a aplicar la responsabilidad subsidiaria de la matriz. Como se explica con mayor detenimiento más adelante al analizar el concepto de daño en esta institución, es necesario, adicionalmente, que como consecuencia de estas dos situaciones se verifique la imposibilidad de satisfacción del crédito por parte de la controlada, ya que la matriz solo responde en subsidio de esta”. Isaza, Álvaro; Londoño, Álvaro. Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial. LEGIS., Bogotá, Colombia, 2007. Pág., 320

“Se trata de una situación de concordato o liquidación obligatoria de la sociedad, es decir, de una circunstancia en la cual, ante la pérdida del equilibrio patrimonial de ella, debe buscarse, por mandato de la ley, un acuerdo con los acreedores para el pago de sus obligaciones, o la terminación forzosa de su objeto bajo la vigilancia estatal con el mismo propósito”. Corte Constitucional, Sentencia 510 del 9 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

pues la redacción de la norma prescribe de manera clara la concurrencia de estos dos¹⁸⁵.

En el mismo sentido, la norma al exigir la concurrencia de estos dos requisitos, está propiciando la protección de los acreedores, pues actuar en despropósito de la empresa concursada implica desmejorar la prenda general de estos, desconociendo los principios rectores del régimen de insolvencia y sus finalidades¹⁸⁶.

3.4. Presunción referida a que la causa de la insolvencia son las actuaciones derivadas del control

Sobre este presupuesto cabe realizar las siguientes precisiones:

En primer lugar, la presunción regulada en la disposición estudiada gira en torno a que la insolvencia del deudor se generó como consecuencia de las actuaciones realizadas por la matriz, y no sobre la responsabilidad de las acreencias insatisfechas¹⁸⁷. De ahí que para que se configure la segunda hipótesis, sea necesario adelantar un proceso de responsabilidad, cuyo competente será el Juez del Concurso.

¹⁸⁵ *“Adicionalmente es necesario verificar, según lo dispone el texto de la norma, si se presentaron conductas de la matriz en interés suyo o de una subordinada y en contra del interés de la sociedad en reorganización o liquidación. En consecuencia, no cualquier acto de control tiene la virtud de vincular la responsabilidad subsidiaria de la controlante, pues se debe verificar que efectivamente haya existido una contraposición de intereses entre matriz y controlada, como fruto de la cual se dio prevalencia al interés de la primera y se perjudicó a la segunda”*. Isaza, Álvaro; Londoño, Álvaro. Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial. LEGIS., Bogotá, Colombia, 2007. Pág., 320 y 321

¹⁸⁶ *Las mismas actuaciones tienen lugar en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, por lo tanto, aunque no lo expresa la norma, se deduce, como lógica consecuencia, que inciden en la prenda común de los acreedores y, por tanto, afectan los intereses de éstos”*. Corte Constitucional, Sentencia C - 510 del 9 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

¹⁸⁷ *Ibídem*.

Siguiendo la misma línea argumentativa, al ser una presunción de carácter legal se invierte la carga de la prueba, atribuyendo la carga de demostrar lo contrario a la controlante¹⁸⁸. En ese sentido, si se quiere eximir del supuesto regulado en la disposición estudiada es necesario demostrar que sus actuaciones no fueron la causa de insolvencia de la deudora¹⁸⁹.

Ahora bien, parafraseando a Isaza y Londoño, surge el interrogante de si tal presunción cobija los dos supuestos enunciados en el numeral anterior, es decir, sobre las actuaciones realizadas en interés de la matriz u otras subordinadas y en contra del beneficio de la concursada. Para los autores aludidos, tal presunción radica únicamente sobre el primer supuesto, aludiendo que no es posible extender tal presunción sobre el segundo elemento pues sería una interpretación extensiva y, en materia de presunciones, las mismas no son de recibo¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Sentencia de la Corte Constitucional SU – 1023 del 26 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

En ese mismo sentido:

“Con base en esta presunción se da una inversión en la carga de la prueba, de tal forma que es a la matriz a quien le corresponde probar que la situación concursal no se produjo como consecuencia de actuaciones derivadas del control”. Gaitán, Andrés. La responsabilidad subsidiaria de la matriz en Levantamiento del velo corporativo. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2011. Pág 181.

¹⁸⁹ *“Es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria decidir definitivamente sobre la responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante en relación con las obligaciones de la sociedad subordinada, de acuerdo con la presunción legal consagrada en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995. Corresponde a las matrices desvirtuar dicha presunción, previo el trámite del proceso respectivo con todas las garantías señaladas para el mismo”.* Corte Constitucional, Sentencia SU – 636 del 31 de julio de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

¹⁹⁰ *“la presunción establecida en el inciso 2 del artículo 61 cobija solo el primero de los requisitos, es decir que la situación de crisis se deba a la conducta de la matriz, y guarda absoluto silencio acerca de la cuestión relativa a la contraposición de intereses que debe presentarse para que haya responsabilidad. En consecuencia, surge el siguiente*

En relación a este punto, el autor no comparte tal interpretación, toda vez que la norma enuncia que se presumirá la situación concursal como consecuencia de las actuaciones derivadas del control. En ese sentido, se tiene que estas actuaciones están conformadas por los dos elementos aludidos, de no interpretarse de esa forma, esa disposición tornaría ineficaz.

Si se analiza en el sentido contrario, es decir, como lo exponen los autores, se estaría presumiendo que la controlante ha actuado en su interés o en el de otras subordinadas, obligando al accionante a probar que las mismas fueron en contravía de la concursada. El efecto que genera tal razonamiento sería la ineficacia de la presunción, pues el accionante estaría obligado a demostrar la contraposición de intereses de la matriz, desembocando en una presunción sin sentido.

En otras palabras, la norma debe comprenderse en el sentido de que la presunción ahí contenida cubre los dos supuestos aludidos, pues de no ser así, no tendría sentido regular una presunción donde el accionante deba probar justamente la contraposición de intereses de la controlante. Como fundamento de esta posición, se tiene que la Corte Constitucional aludió que en este caso se invierte la carga de la prueba, debiendo probar la matriz que sus actos no fueron en contravía de los intereses de la concursada y por tanto, que sus actuaciones no generaron la situación de insolvencia¹⁹¹.

interrogante ¿el inciso 2 del artículo 61 también presume que los actos fueron realizados en interés de la matriz (o de sus subordinadas) y en contra de la sociedad en reorganización o liquidación? Creemos que la respuesta a este interrogante es negativa. La presunción que venimos comentando se refiere solo a la causalidad del acto de control con la situación de insolvencia y, por ello, no puede extenderse por vía analógica y contemplar el punto relativo a presumir la contraposición de intereses que debe presentar el acto. Esta interpretación extensiva, en materia de presunciones, no es de buen recibo". Isaza, Álvaro; Londoño, Álvaro. Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial. LEGIS., Bogotá, Colombia, 2007. Pág., 321

¹⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C - 510 del 9 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

3.5. Responsabilidad subsidiaria

De acuerdo con este presupuesto, se deriva que la consecuencia jurídica de la presunción estudiada es la responsabilidad subsidiaria sobre los créditos insatisfechos por el empresario. En ese sentido, la Corte Constitucional ha considerado que tal responsabilidad es de carácter estrictamente económica y que está relacionada de manera íntima con las actuaciones que realizó la matriz, pues como se ha aludido, sus actuaciones repercuten en los intereses de la subordinada de manera negativa, generando la responsabilidad subsidiaria¹⁹².

De la misma forma, se está en presencia de una responsabilidad subsidiaria y no principal, esto significa que la controlante o matriz solo será responsable en el supuesto en el que el patrimonio de la concursada no logre satisfacer la totalidad de sus acreencias¹⁹³.

De conformidad con lo enunciado en la disposición estudiada, el competente para conocer sobre esta acción es el juez del concurso, la cual se adelantará a solicitud de parte. En relación con este punto surge el interrogante sobre el alcance del enunciado, pues la norma no es clara en identificar quienes están legitimados para incoar la acción.

¹⁹² Ibídem.

¹⁹³ “Demostrados los supuestos fácticos previstos en el párrafo, y ausente de prueba una causa diferente que explique la situación concursal, esto es, que se tomen como sus causas y por tanto se descarte la presunción, es dable deducir y declarar la responsabilidad subsidiaria, que no solidaria, de la matriz frente a las obligaciones de la controlada, lo que exige que el acreedor interesado en tal declaración haya reclamado su pago en forma previa e infructuosa a la concursada, para ahí sí, poder dirigirse contra la matriz”. Corte Suprema De Justicia, Sentencia Del 25 de Julio de 2018, Magistrado Ponente: Margarita Cabello Blanco.

En ese sentido, se tiene que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de agosto de 2006, se refirió a la legitimación para incoar tal acción, aduciendo que el liquidador no está facultado para interponer la misma, pues en palabras de la Corte, esta entiende que:

“No es, ni con mucho, una acción concebida para reclamar perjuicios derivados de acciones u omisiones de terceros, ni es tampoco una herramienta para reintegrar el patrimonio del deudor en liquidación; es, como repetidamente se ha dicho, una acción subsidiaria, establecida para que los acreedores insatisfechos del concursado puedan, en las condiciones que allí vienen delimitadas, obtener el pago de sus créditos de manos de las sociedades matrices o controladoras del deudor concursado, algo sustancialmente diferente, en cuanto que no busca acrecentar los activos de la masa a liquidar -que es el propósito último de esas acciones de responsabilidad-, y no es tampoco una acción que permita la recomposición de ese patrimonio, al punto que no abre la posibilidad de que el liquidador obtenga recursos de la matriz o controladora para cumplir con las obligaciones del deudor

(...)

“Ciertamente que el liquidador, precisamente por el carácter tuitivo que respecto de él obra, puede y debe procurar la satisfacción de los créditos que los terceros tienen para con la sociedad en liquidación. Paga con la masa de bienes; reconstruyéndola si es preciso, una de cuyas manifestaciones más vigorosa está cuando adelanta por ejemplo acciones revocatorias, quizá una de las poderosas herramientas de las que ha sido dotado positivamente. Fecunda será la gestión que así adelante. Pero, eso sí, siempre sobre la masa que forman los bienes de la persona liquidada. Delineado tiene pues el contexto dentro del cual obra de veras como liquidador. Porque si, saltando por encima de ésta, enfila baterías para que otros patrimonios, ante la insuficiencia de aquél, sean los que respondan a los terceros, así sea el de quienes con el deudor tenían alguna relación jurídica, difícilmente podrá sostenerse que

obra como liquidador. Si los terceros no logran dentro del proceso concursal el pago de sus créditos, explorarán otras vías, como sería en su caso perseguir a quienes sean responsables de modo subsidiario. Pero ya esas acciones serán de su resorte exclusivo, sin que pueda el liquidador arrogarse la legitimación. Dicho más elípticamente, el liquidador paga hasta donde puede, sin que esté obligado ni facultado para salirse de las lindes liquidatorias y buscar quién otro puede pagar los créditos insolutos. El liquidador es representante del deudor en liquidación, mas no representante de los acreedores del mismo”¹⁹⁴.

Ahora bien, no se comparte la apreciación hecha por la Corte Suprema de Justicia por las siguientes razones:

En primer lugar, la interpretación desconoce los fines y principios del régimen de insolvencia. Impedirle al liquidador adelantar tal acción contraría los mandatos establecidos en el artículo primero del Estatuto Concursal, la protección del crédito, el aprovechamiento de los mecanismos ideados en la Ley para la materialización de los mismos, así como los principios rectores de las actuaciones de los intervinientes en el proceso, especialmente la par conditio creditorum y la eficiencia del régimen.

Como se expuso en líneas anteriores, la satisfacción del crédito implica velar por los intereses de los acreedores, protección que se debe realizar desde una perspectiva individual, como también desde un escenario global. En ese sentido, es el liquidador el que debe proteger el cumplimiento de esta finalidad y en razón a ello, debe optar por ejecutar todos los mecanismos inmersos en la Ley para lograr la satisfacción de las acreencias adeudadas. Su deber es actuar de conformidad con los intereses de los acreedores y de la deudora, no solo liquidando de manera

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 3 de agosto de 2006, Magistrado Ponente Manuel Isidro Ardila Velásquez

ordenada y oportuna el patrimonio del deudor, sino también, utilizando los mecanismos que la Ley le brinda para maximizar el patrimonio del fallido y así honrar sus obligaciones¹⁹⁵.

Así mismo, el Liquidador es el sujeto que por excelencia conoce del proceso liquidatorio, pues tiene en su poder toda la información relacionada con el patrimonio del deudor y con los créditos adeudados. De esta forma, quién más que este para identificar la totalidad de los pasivos insatisfechos y agilizar el trámite para que se cumplan tales deudas, incoando la acción estudiada. Esta facultad no solo cumple con el principio de eficiencia reglado, sino también está dirigida a satisfacer el crédito y velar por los intereses de los acreedores, que se resumen en el recaudo de sus acreencias.

En segundo lugar, la consideración de la Corte desconoce el papel y funciones del liquidador, pues además de las atribuidas en la normativa concursal, es afirma que sus funciones encuadran en una función genérica referida a la protección de los intereses de los acreedores y de la concursada mediante una gestión austera y eficaz. En ese sentido, si el interés principal de los acreedores es la satisfacción de sus créditos, el liquidador por razones obvias está legitimado para interponer tal acción. Sumado a lo anterior, no se descarta la posibilidad de que él mismo actúe como agente oficioso de los acreedores, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 57 del Código General del Proceso, junto con la ratificación o autorización de los acreedores para ello.

¹⁹⁵ “El síndico es la persona designada para cada quiebra por el tribunal que declara esta y su misión es administrar y realizar los bienes del fallido, pagar los créditos, etc. El síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y representa también los derechos del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquellos y de este (...)”. Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio. Tratado de las Obligaciones. Vol. II. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004. Pág. 398

Sin perjuicio de lo anterior, el legitimado para incoar esta acción debe adelantar un proceso ante el juez del concurso, paralelo al de liquidación judicial, y para ello, debe acreditar los supuestos desarrollados en este capítulo con miras a que se declare la responsabilidad subsidiaria de la controlante.

Se tiene entonces que el derecho concursal debe inclinarse por proteger a los acreedores y garantizar la confianza depositada en los empresarios, en ese sentido, permitir a los sujetos que intervienen en los procesos velar por esos intereses y por la satisfacción del crédito genera mayor confianza en los mercados, en las inversiones y por tanto aporta al desarrollo económico del país.

CONCLUSIONES

1. Como se desarrolló a lo largo del texto, la obligación del deudor de responder por sus obligaciones no varía independientemente del régimen jurídico en el que se encuentre. En ese sentido, esta obligación vista desde una perspectiva general, como desde una específica como es la insolvencia, implica la satisfacción de sus acreencias con la totalidad del patrimonio.
2. La preponderancia que han tomado los grupos empresariales y el control societario en el ordenamiento jurídico colombiano implica la intervención del Estado para regular estos fenómenos. De esta forma, se han ideado diferentes mecanismos para regular los abusos y excesos que pueden generar esas figuras. En el caso de la insolvencia, se encuentra el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, en la cual se presume que la causa de la insolvencia fue ocasionada por los actos derivados de la controlante.
3. Tal presunción implica consecuentemente la responsabilidad subsidiaria de la controlante, de ahí que para determinar la misma, sea necesario adelantar un proceso ante el juez competente demostrando los presupuestos aludidos en líneas anteriores.
4. Si bien, la norma en su redacción genera múltiples controversias, no sobra destacar el carácter loable de la misma, pues con miras a la satisfacción íntegra de las acreencias del deudor, el legislador contempló esta acción. En ese sentido, cabe recalcar que una de las prioridades del Derecho Concursal es la protección del crédito, generar confianza en los mercados y proteger al acreedor de las contingencias que pueden presentarse día a día

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

1. Hinestrosa, Fernando. Tratado De Las Obligaciones. 3ª Ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado De Colombia, 2007.
2. Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio. Tratado De Las Obligaciones. Vol. II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica De Chile, 2004.
3. Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General De Las Obligaciones. 8ª Ed. Bogotá, Colombia: Temis, 2008.
4. Cubides, Jorge. Obligaciones. 4ª Ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
5. Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario, 2ª Ed. Bogotá, Colombia: Temis, 2006.
6. Rodríguez Espitia, Juan José. Nuevo Régimen De Insolvencia. Universidad Externado De Colombia, Bogotá, Colombia, 2007.
7. Garaguso, Horacio Pablo. Fundamentos De Derecho Concursal. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, 2001.
8. Gómez Balmaceda, Rafael Y Eyzaguirre Smart, Gonzalo. El Derecho De Quiebras, Tomo 1. Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile, 2011.

9. Hartasánchez Noguera, Miguel A., La Suspensión De Pagos. Editorial Porrúa, México, 2000.
10. Rivera Fernández, Manuel. Reintegración Y Concurso De Acreedores. Editorial Dilex, S.L. Madrid, España.
11. Escuti, Ignacio Y Junyent Bas, Francisco. Derecho Concursal. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 2006.
12. Galgano, Francesco. Grupo De Sociedades. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2007.
13. Galgano, Francesco; Roitman, Horacio; León Edgar Y; López, Yira. Los Grupos Societarios: Dirección Y Coordinación De Sociedades. Segunda Edición. Universidad Del Rosario. Bogotá, Colombia, 2012.
14. Barón Barrera, Guillermo Andrés. El Derecho De Competencia De Los Grupos Empresariales. Ibañez, Volumen 2. Bogotá Colombia, 2010.
15. Noguera Rocha, Francisco. Grupos Empresariales Y Situaciones De Control Inscritos En Las Camaras De Comercio A 31 De Diciembre De 2005. Superintendencia De Sociedades. Bogotá, Colombia, 2006.
16. Isaza, Álvaro; Londoño, Álvaro. Comentarios Al Régimen De Insolvencia Empresarial. Legis., Bogotá, Colombia, 2007.
17. Gaitán, Andrés. La Responsabilidad Subsidiaria De La Matriz En Levantamiento Del Velo Corporativo. Universidad Del Rosario, Bogotá, Colombia, 2011.

- 18.** Sotomonte, David. *Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2009.
- 19.** Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*, Tomo 1. Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile. Impreso en Bogotá.
- 20.** Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho De Las Obligaciones*, Tomo I, TEMIS. Bogotá, Colombia, 2009.
- 21.** C, Gangi, “Il concetto dell’ obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilita”, en *Le obbligazione*, Milano, 1951.
- 22.** Velásquez, Luis Guillermo, *Bienes*. Temis, Ed. Decimotercera. Bogotá, Colombia, 2014.
- 23.** Arévalo Guerrero, Ismael Hernando. *Bienes, Constitucionalización del derecho civil*. Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 2012.
- 24.** Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*. Tomo undécimo. De las obligaciones II.
- 25.** Bonivento Jiménez, José Armando. *Obligaciones*. Legis, Bogotá, Colombia. 2017.
- 26.** Rodríguez Ferrara, Mauricio. *Introducción al Derecho de Obligaciones*. Livrosca, c.a. Caracas, Venezuela, 1997.

- 27.** Messineo, Francesco. Derecho Civil y Comercial. Tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General. Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.
- 28.** Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Editorial Porrúa, México. 1959.
- 29.** Leal Pérez, Hildebrando. Derecho de sociedades comerciales. Segunda edición. Editorial Ieyer. Bogotá, Colombia. 1999.
- 30.** Vásquez Palma, María Fernanda. Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del comercial. Legal Publishing y Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2013.
- 31.** Imbridi Irujo, José Miguel (dir), Ferrando Villalba, María de Lourdes, Marti Moya, Vanessa (coords.) Introducción al Derecho de sociedades de capital. Estudio de la ley de sociedades de capital y legislación complementaria. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- 32.** Dasso, Ariel (2015). Tendencias actuales de Derecho Concursal, Revista: Estudios de Derecho Empresario, Volumen 6 (2015) Pg. 173, disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/13014/13232>.
- 33.** Ahumada Cervantes, Raúl. Derecho de Quiebras. Editorial Herrero S.A. México D.F, 1970.
- 34.** Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, José Alberto. Concursos y Quiebras. Abeledo Perrot, tercera edición, Buenos Aires.
- 35.** Argeri, Saúl A. Manual de concursos. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983.

- 36.** Cubillos Garzón, Camilo E. La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2016.
- 37.** Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Emilio Beltrán, *Perspectivas de la par conditio creditorum en el proceso concursal actual*, Vargas Ramos, Armando. 9 Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, 2014.
- 38.** Satta, Salvatore. Instituciones del Derecho de Quiebra, ediciones jurídicas Europa- América Buenos Aires, Argentina. 1951.
- 39.** Nossa, Lisandro P. Sociedades Comerciales, Temis, sexta edición, Bogotá, Colombia, 2011.
- 40.** Cubillos Garzón, C. 2007. Parámetros a seguir de los grupos empresariales. Sistemas anglosajón y continental. *Revista e-mercatoria*. 6, 1 (jun. 2007).
- 41.** Narváez García, José I. Teoría General de las sociedades. Librería Jurídica Wilches, quinta edición, Bogotá, Colombia, 1987.
- 42.** Superintendencia de Sociedades. Guía práctica, régimen de matrices y subordinadas. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CartillasyGuias/Guia_Practica_RegimenMatricesySubordinadas.pdf.
- 43.** Pinzón, Gabino. Sociedades Comerciales, volumen I, Teoría general. Temis, quinta edición, Bogotá, Colombia, 1988.

Jurisprudencia:

- 44.** Corte Constitucional, Sentencia T – 079 Del 11 de Febrero De 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

- 45.** Corte Constitucional, Sentencia SU – 1023 Del 26 De Septiembre De 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

- 46.** Corte Constitucional, Sentencia C 510 Del 9 De Octubre De 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

- 47.** Corte Constitucional, Sentencia C – 527 del 8 de febrero de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

- 48.** Corte Constitucional, Sentencia C – 620 del 9 de agosto de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- 49.** Corte Constitucional, Sentencia SU – 636 del 31 de julio de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería

- 50.** Superintendencia de Sociedades: Auto 405-007244 del 10 de junio de 2008.

- 51.** Corte Constitucional, Sentencia C – 006 del 14 de febrero de 2018, Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

- 52.** Consejo de Estado, Sentencia del 28 de septiembre de 2014, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

- 53.** Corte Suprema De Justicia, Sentencia Del 3 De Agosto De 2006, Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.
- 54.** Corte Suprema De Justicia, Sentencia Del 25 de Julio de 2018, Magistrado Ponente: Margarita Cabello Blanco.
- 55.** Superintendencia De Sociedades, Auto 400 – 010679 Del 13 De Agosto De 2015.
- 56.** Superintendencia De Sociedades: Auto 405-007244 Del 10 De Junio De 2008.
- 57.** Superintendencia De Sociedades, Oficio 220 – 5007 Del 4 De Febrero De 1997.
- 58.** Superintendencia De Sociedades, Auto 405 – 016450 Del 7 De Octubre De 2011.
- 59.** Superintendencia de Sociedades, Sentencia 801 – 000015 del 15 de marzo de 2013
- 60.** Superintendencia de Sociedades, Circular Externa: No. 430-000002 del 24 de julio de 2007.
- 61.** Superintendencia de Sociedades. Guía práctica, régimen de matrices y subordinadas.

Legislación:

62. Código Civil.

63. Código De Comercio.

64. Ley 222 De 1995.

65. Ley 1116 De 2006.

66. Decreto 1749 De 2011.

67. Decreto 1074 De 2015.

68. Decreto 991 De 2018.